



Rosana Filipa Gomes da Costa

A Intervenção do Direito Penal na Procriação Medicamentosa Assistida

Tese de Mestrado

Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões

Trabalho efetuado sob a orientação da Exma. Senhora Prof.^a

Doutora Margarida Maria Oliveira Santos

Outubro de 2017

DECLARAÇÃO

Nome: Rosana Filipa Gomes da Costa

Endereço eletrónico: rosana.fcosta@live.com.pt

Telefone: 915920404/227312334

Número do Cartão de Cidadão: 14315682

Título da dissertação: A Intervenção do Direito Penal na Procriação Medicamente Assistida

Orientadora: Prof.^a Doutora Margarida Maria Oliveira Santos

Ano de conclusão: 2017

Designação do Mestrado: Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO INTEGRAL DESTA DISSERTAÇÃO APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE;

Universidade do Minho, ____/____/____

Assinatura:

AGRADECIMENTOS

“Meu amigo não se esqueça do dia em que isso começou e desde então, de tudo que essa vida deu. Meu amigo reconheça, o barco que nos leva é um e o sol que nos aquece a voz e o coração é bem maior do que esse medo, esse nó que aperta de vez em quando o peito. E devagar fortalece a caminhada. Despertar pr'uma nova travessia, deixar esvaziar, saber que a hora certa logo vem. Sem pressa, deixa estar que não demora”. O meu lembrete e o meu agradecimento vão, assim,

À Professora Margarida, minha orientadora. Pela disponibilidade, por nunca me ter deixado sem resposta, por ter compreendido que por vezes precisava de uma pausa para conseguir continuar e por toda a motivação que me deu.

Aos meus pais e avô, que me proporcionaram todas as condições para que eu pudesse estudar, coisa que eles não tiveram. Sobretudo à minha mãe, que era capaz de atravessar este mundo e o outro para me ajudar a conseguir realizar tudo aquilo a que me proponho.

À minha irmã, que leu metade desta dissertação embora não perceba absolutamente nada de Direito e que faz mais o papel de irmã mais velha do que propriamente eu, tantas vezes aconselhando-me.

Aos meus amigos, a todos. Àqueles com quem falo todos os dias, aos que me perguntam de vez em quando como vão as coisas e que têm sempre uns minutos para me ouvir.

E por último, mas não menos importante, ao Nuno e à Mónica. Tive a sorte de ter a companhia de dois dos meus melhores amigos neste percurso, que passavam a sexta-feira a ouvir-me queixar e ainda assim sempre estiveram disponíveis para mim. A ti Mónica, acho quase injusto dizer-te só obrigada, porque nunca vai ser suficiente. Acredito que as coisas não acontecem por acaso e que foste tu, e não outra pessoa qualquer, que me acompanhou nesta viagem porque era assim que tinha de ser, porque eras a única que iria saber aquilo que eu estava a sentir, pois estavas a passar exatamente pelo mesmo. Da minha parte, vou estar presente para ti em tudo o que puder e não puder, e nunca te esqueças “que que esse violão é seu endereço e que esse verão é só o começo de outros tantos que virão”.

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto o estudo da intervenção do Direito Penal na área da P.M.A, mais concretamente os desafios que este procedimento coloca ao Direito Penal, de que forma se sentiu a necessidade desta área - cuja intervenção é de *ultima ratio* - regular aspetos deste fenómeno e, a final, avaliar quais os critérios pelos quais se pauta a sua intervenção e se esta é ou não legítima. A Procriação Medicamente Assistida, sendo uma área inovadora e em constante expansão, coloca inúmeros desafios ao Direito, que necessita de se manter atualizado e a par destas evoluções, de forma a poder regular dimensões como esta. Por colocar em causa vários direitos que se encontravam já assentes na sociedade, muitos dos quais elevados à categoria de bens jurídicos, o trabalho irá também pautar-se por uma análise dos mesmos e sua ligação com o Direito Penal. Por último, irá ser apreciada de uma forma crítica a Responsabilidade criminal da Procriação Assistida, englobando sempre as perspetivas de vários autores, muitas delas opostas, e recorrendo ainda a uma breve análise comparativa entre alguns países e suas legislações.

PALAVRAS-CHAVE

Procriação Medicamente Assistida, Técnicas de Reprodução Assistida, Direitos de Personalidade, Neocriminalização, Responsabilidade Penal.

ABSTRACT

The present dissertation is focused on the intervention of the Criminal Law in the Assisted Reproductive Technology, mainly the challenges that this procedure presents to the Criminal Law. Having this question as a foundation to our study, we'll proceed with the investigation of the level of necessity of this intervention, mainly by taking into consideration the fact that it only operates when other areas aren't capable of doing so. As a result, this process will provide us the right information to enable us to conclude, primarily through the evaluation of the criteria applied when this intervention is requested, if it is legitimate or not.

By being an innovative and constantly expanding field, the Assisted Reproductive Technology presents a lot of challenges to the Law, which forces it to keep up to these constant changes so that it can regulate dimensions such as this specific one. Following this set of thoughts, this investigation will also examine and question the multiple rights rooted in society, many of which were elevated to the category of legal assets, and their connection to the Criminal Law.

Lastly, a critical examination of the Assisted Reproductive Technology's criminal liability will be conducted, including the perspective of various authors, many of which defend opposite views, and the consultation of a brief comparative analysis with other countries and their legislations.

KEYWORDS

Assisted Reproductive Technology, Assisted reproduction Techniques, Personality Rights, Neo-criminalization, Criminal Responsibility.

ÍNDICE

Agradecimentos.....	iii
Resumo.....	v
Abstract.....	vii
Lista de Abreviaturas, Siglas e Acrónimos	xi
Introdução.....	1
Capítulo I - A Procriação Medicamente Assistida: enquadramento geral, evolução e efeitos nos direitos constitucionalmente garantidos.....	3
1.1. Enquadramento geral da Procriação Medicamente Assistida	3
1.2. O período anterior à Lei n.º 36/2006 - um vazio legislativo?.....	6
1.3. A Lei n.º 32/2006 de 26 de julho da Procriação Medicamente Assistida.....	8
1.3.1. O acesso à lei e os seus beneficiários	9
1.3.2. As técnicas de P.M.A previstas.....	14
1.3.3. A Inseminação Artificial.....	14
1.3.4. A Fertilização In Vitro	21
1.3.5. Outras técnicas	26
1.4. Gestação de substituição.....	27
Capítulo II – Os Direitos inerentes à prática da P.M.A.....	34
2.1 A Intervenção do Direito Penal: os direitos e bens jurídicos que a legitimam	34
2.2. Os direitos previstos na Constituição da República Portuguesa – análise da tutela constitucional	37
2.2.1. O direito à vida – a tutela constitucional e penal.....	37
2.2.2. O direito à integridade física.....	39
2.2.3. O direito à identidade pessoal	41
2.2.4. O direito à intimidade e reserva da vida privada	42
2.2.5. O direito a constituir família	43
2.2.6. A efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal	44
2.3. A Procriação Assistida e o direito à identidade genética e anonimato do dador	45
2.5. A figura do consentimento.....	51

2.6. A procriação medicamente assistida noutros países.....	52
Capítulo III – A Intervenção do Direito Penal na P.M.A: Análise Crítica	54
3.1. A Intervenção Penal na P.M.A.....	54
3.2. O conceito de bem jurídico	56
3.3. A procriação assistida no Código Penal – o antes e o agora	58
3.4. A Procriação Artificial não consentida	59
3.4.1. A Previsão atual.....	60
3.4.2. A criminalização da falta de consentimento	63
3.5. A Lei da Procriação Medicamente Assistida – análise das normas incriminadoras	65
3.5.1. O artigo 34º e os centros autorizados.....	67
3.5.2. O artigo 35º e os beneficiários das técnicas	70
3.5.3. O artigo 36º e a clonagem reprodutiva	71
3.5.4. O artigo 37º e a escolha de características não médicas	74
3.5.5. O artigo 38º e a criação de quimeras ou híbridos	75
3.5.6. O artigo 39º e a gestação de substituição	77
3.5.7. O artigo 40º e a utilização indevida de embriões	80
3.5.8. O artigo 41º da Lei da P.M.A e o 150º do C.P. – intervenções e tratamentos.....	81
3.5.9. O artigo 42º da Lei da P.M.A e a questão do consentimento.....	83
3.5.10. O artigo 43º da Lei –o sigilo e a confidencialidade.....	83
3.5.11. O artigo 43º A e a Responsabilidade penal das pessoas coletivas	84
Conclusão	86
Referências Bibliográficas	90

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E ACRÓNIMOS

A.P.B – Associação Portuguesa de Bioética
B.E – Bloco de Esquerda
C.C – Código Civil
C.E.J – Centro de Estudos Judiciários
C.N.E.C.V – Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida
C.N.P.M.A – Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida
C.P. – Código Penal
C.R.P – Constituição da República Portuguesa
F.I.V – Fertilização in vitro
P.A.N – Pessoas – Animais - Natureza
P.C.P – Partido Comunista Português
P.M.A. – Procriação Medicamente Assistida
P.S – Partido Socialista
P.S.D – Partido Social Democrata
R.G.C.O – Regime Geral de Contra Ordenações
S.P.M.R. – Sociedade Portuguesa de Medicina da Reprodução
S.N.S. – Serviço Nacional de Saúde
T.E.D.H. – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

INTRODUÇÃO

A P.M.A traduz-se num conjunto de métodos que permitem a reprodução sem que exista um ato sexual, recorrendo-se, para tal, a técnicas e procedimentos laboratoriais. Quando a lei que atualmente a regula - Lei n.º 32/2006 de 26 de julho - foi aprovada a 2 de maio de 2006 em Portugal, já há muito que o recurso a estas técnicas aqui se tinha iniciado. Aliás, "... o recurso a procedimentos laboratoriais para o tratamento de casais inférteis iniciou-se, em Portugal, em maio de 1985, com a execução da inseminação artificial intrauterina. A realização do primeiro ciclo terapêutico de fertilização in vitro (F.I.V), em Portugal, remonta a julho de 1985 e a primeira criança Portuguesa, cuja fecundação ocorreu por F.I.V, nasceu em fevereiro de 1986¹.

Este desfasamento entre o aparecimento da lei e aquilo que já vinha a ser aplicado na realidade muito resultou do facto de se tratar de um procedimento inovador e em expansão, o que implicava a utilização de técnicas médicas e científicas de tal forma avançadas, que o próprio Direito ainda estava a absorver e a descobrir de que forma poderia regulá-las. Além dos vários aspetos que engloba, o facto de ser um novo fenómeno suscitou inúmeros debates e veio colocar em causa muitos dos conceitos que já se encontravam enraizados na nossa sociedade. Desde logo, o próprio enquadramento legislativo e as condições de admissibilidade provocaram dúvidas, implicando uma redefinição da família, da maternidade e da paternidade. Originou a discussão de temas como a gestação de substituição, e obrigou a uma (re)análise de valores fundamentais como a identidade e dignidade humana e as questões da privacidade, confidencialidade e segurança.

É um tema atual e em constante expansão, sendo que não obstante a sua específica regulação existem ainda algumas insuficiências no âmbito da matéria. Além das várias questões sociais que coloca, a P.M.A é objeto de estudo pela parte de um variado leque de domínios, entre os quais a Ciência, a Medicina, a Filosofia, em especial a Bioética, a Moral, a Religião, e, aquele sobre o qual nos iremos debruçar, o Direito. Ao tutelar bens jurídicos com um grande impacto social, cabe ao Direito considerar todos os elementos e, posteriormente, regulá-los de forma a atender à realidade que se vive.

¹Exposição de Motivos do PROJECTO-LEI n.º 122/XII - Garante o acesso de todas as mulheres à Procriação Medicamente Assistida (P.M.A) e regula o acesso à maternidade de substituição, procedendo à segunda alteração à lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, alterada pela lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro "Diário da Assembleia da República II série - A". (2011-12-24).

Embora o pudéssemos fazer, o nosso objetivo não consiste em analisar os vários aspetos jurídicos da P.M.A, nomeadamente no Direito da Família, embora tenhamos que partir deste domínio.

Destarte, iremos proceder primeiramente a um enquadramento geral da P.M.A, através da análise e evolução do seu conceito, ou seja, relacionando essa evolução coma alteração que o conceito de família também veio a sofrer ao longo dos últimos anos. Não obstante se encontrar atualmente regulada na Lei n.º 32/2006 de 26 de julho, antes do aparecimento desta a doutrina mencionava a existência de um vazio legislativo, onde a P.M.A era essencialmente regulada pelos princípios gerais. Iremos também debruçar-nos sobre este vazio legislativo, verificando se se tratou efetivamente de um vazio, bem como analisar alguns pareceres e projetos de lei que surgiram durante esse espaço temporal.

Além de aprofundarmos o regime da procriação assistida, iremos também efetuar uma análise das modificações mais significativas e relevantes na Lei da P.M.A, pautando-nos sempre por uma perspetiva crítica. Também as técnicas irão aqui ser abordadas, apenas enquanto auxílio para uma melhor compreensão da procriação assistida em si, bem como alguns dos problemas mais flagrantes que surgem na sua aplicação, muitos dos quais não encontram ainda consagração ou solução legal.

No segundo capítulo iremos debruçar-nos essencialmente sobre a Intervenção do Direito Penal, atendendo ao facto de que este tem uma intervenção subsidiária, intervindo quando as outras áreas não o fazem, ou seja, em último caso e quando existe uma necessidade de proteção de certos bens². Estes são os designados bens jurídicos, conceito este que iremos estudar, a par dos direitos que se encontram previstos na C.R.P. e que podem ser elevados a essa categoria - de bens jurídicos - dado que nem todos o são. Após esta breve análise dos direitos, iremos, por último, apreciar criticamente cada artigo que se insere na Responsabilidade criminal da P.M.A, englobando sempre as perspetivas de vários autores, muitas delas opostas, e recorrendo ainda a uma breve análise comparativaentre alguns países e suas legislações. Assim, aquilo que iremos analisar são os desafios que este procedimento coloca ao Direito Penal, de que forma se sentiu a necessidade desta área - cuja

² Sobre a dignidade e necessidade no Direito Penal ver COSTA, José de Faria - **Noções fundamentais de Direito Penal**, 4ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, ISBN 978-972-32-2328-6, p. 172 ss.

intervenção é de *ultima ratio*³ - interceder e regular aspetos deste fenómeno e, a final, estando consagrada juridicamente a sua intervenção, se a mesma é ou não legítima e quais os critérios pelos quais se pauta a sua ação.

CAPÍTULO I - A PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA: ENQUADRAMENTO GERAL, EVOLUÇÃO E EFEITOS NOS DIREITOS CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDOS

1.1. Enquadramento geral da Procriação Medicamente Assistida

Cada sociedade, quer territorial quer historicamente, caracteriza-se por um determinado conjunto de valores, os quais não são estáticos, no sentido em que vão evoluindo ao longo do tempo. Não obstante, ainda que estejamos divididos em diferentes culturas, existe um conjunto de princípios e direitos que são tidos como os mais básicos da vida humana e transversais. São eles, nomeadamente, o direito à vida, o princípio da dignidade humana e o princípio da não instrumentalização do ser humano⁴, os quais devem ser subjacentes a todos e a cada um de nós. Não obstante, embora o ser humano esteja dotado de uma liberdade que lhe permite tomar decisões que entende ser as mais adequadas para si, não o deve fazer de forma a que essa sua liberdade se torne discricionária, comprimindo e colocando em causa outros valores. Isto porque “...o ser humano, com efeito, não se compõe de uma razão e de um corpo separados um do outro. Se tal fosse o caso, se existisse um dualismo puro e simples entre razão e corpo, a razão poderia tratar o corpo a seu bel prazer”⁵.

Ora, um dos conceitos que sofreu precisamente um processo evolutivo foi o conceito de família. A família foi sempre vista como uma estrutura bipartida, composta pelo casal heterossexual e pelos filhos⁶, ligados entre si por uma grande afetividade e sobretudo pela biologia e genética, componentes

³Nas palavras de Paulo Ferreira da Cunha, “As ideias de dignidade, de necessidade e de oportunidade penais andam associadas a uma conceção bastante razoável e de louvar: como vimos, ligam-se ao princípio do direito penal como *ultima ratio*, como medida de último recurso, submetido ao princípio da intervenção mínima (ou até minimalista).” In CUNHA, Paulo Ferreira da - Direito Penal – fundamentos dogmáticos e político criminais. In **Homenagem ao Prof. Peter Hunerfeld**, Org. Manuel da Costa Andrade et. al., Coimbra: Coimbra editora, 2013, ISBN 978 972 32 2124 4, p. 170.

⁴Sobre estes importantes princípios ver MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais**, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, ISBN 9789723220100, p. 180 ss.

⁵CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA - *Relatório: Procriação Medicamente Assistida* [Em linha]. [S.l.], 2004. [Consult. 20/12/2016]. Disponível em WWW: <URL: www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273057205_P044_RelatorioPMA.pdf>, p. 20.

⁶Sobre a evolução do conceito de família ver, entre outros, CORDIANO, Alessandra- **La famiglia nella società contemporanea**, Ariccia: Aracne, 2016, ISBN 978-88-548-8979-8.

estas que se sobrepunham a qualquer laço social criado. Podemos mesmo afirmar que a base da família sempre foi o casamento celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que iriam viver em plena comunhão de vida e que tinham um projeto parental. Mas essa conceção foi-se esbatendo com a sociedade moderna, uma sociedade marcada por um maior número de divórcios, um decrescente número de casamentos, um aumento de uniões de facto e o aparecimento de diferentes estruturas familiares como a família monoparental⁷. E cumpre ao Direito, que deve ser atual e adequado à sociedade que regula, acompanhar essa evolução e essa mudança de conceitos. Como afirma Paulo Ferreira da Cunha⁸, “Uma das primeiras lições a colher é a de que a ciência do Direito Penal, tal como as demais, está sujeita a ciclos e tempos históricos, e portanto, também é atingida por momentos de olvido de teorias e sua substituição por teorias novas, e nela se fazem sentir os maremotos das revoluções científicas”.

O direito a constituir família esteve sempre previsto na C.R.P. e deve ser praticado em plena igualdade, conforme estipula o n.º1 do artigo 36º do diploma. Embora seja simultaneamente um direito individual e do casal, ao qual todos devem aceder de forma igual, não sendo desfavorecidos pela existência de problemas de saúde como a infertilidade, não pode de forma alguma ser visto como um direito ilimitado e absoluto. Ou seja, existe uma necessidade de conciliar o direito à autodeterminação de cada pessoa com o respeito pelo direito à família, direito este protegido também numa dimensão de comunidade. Apesar de se tratar de um direito íntimo, dados os interesses públicos inerentes, o Estado deve intervir neste âmbito, limitando o direito de procriação e assegurando que o ambiente dentro do qual a criança vai nascer é aquele que melhor irá atender às suas necessidades⁹. Dado que a lei se deve adequar às novas realidades, e neste caso atender ao interesse da criança, isso pode significar aceitar que, por exemplo, uma família monoparental seja capaz de

⁷De acordo com os últimos dados conhecidos, em 2013, por cada 100 casamentos existia um rácio de 70,4% de divórcios, o que se traduzia em aproximadamente 22. 525 registos. Não obstante, é um valor que tem diminuído desde 2010. Quanto aos casamentos entre pessoas do sexo oposto o número tem diminuído, sendo que em 2015 registaram-se 32.043 casamentos, ao contrário dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo, que registou um valor de 350 nesse ano, com tendência para aumentar. De salientar ainda uma elevada percentagem - 34% - de nados-vivos nascidos fora do casamento, mas com coabitação dos pais e 16,3% nascidos fora do casamento e sem coabitação dos pais, números estes em crescendo. // PORDATA - Base de Dados de Portugal Contemporâneo [Em linha] [Consult. 19/01/2017]. Disponível em <URL:www.pordata.pt>.

⁸CUNHA, Paulo Ferreira da - Direito Penal – fundamentos dogmáticos e político criminais. Op. cit., p. 142.

⁹ Sobre a regulação do Estado no âmbito do direito a constituir família, Vera Lúcio Raposo afirma “Nesta vertente, cabe ao Estado providenciar-lhes os meios para essa realização, como é próprio desta norma [referindo-se ao artigo 36º da C.R.P.], enquanto efetivação dos direitos económicos, sociais e culturais, isto é, direitos a prestações estaduais”. In RAPOSO, Vera Lúcio - Direitos Reprodutivos. Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Coimbra: Coimbra Editora, ISSN: 1646-0359. 3:3 (2005). P. 117.

fornecer o ambiente propício ao bom desenvolvimento daquela, o que nem sempre foi visto de forma positiva pela sociedade.

No nosso C.C. o legislador procurou assegurar-se que a filiação jurídica coincidia com a biológica, ou seja, que pai jurídico seria aquele cujo espermatozoide fecundou o óvulo. Este princípio da verdade biológica era, antes da reforma de 1977, um princípio absoluto, o que já não corresponde à realidade atual. Existem várias manifestações no C.C. deste biologismo, nomeadamente o artigo 1801º, onde se prevê a possibilidade de recorrer às provas periciais nas ações relativas à filiação. Esta foi uma norma que veio, com a reforma de 1977, reconhecer ao julgador a possibilidade de aproveitar as conquistas da ciência nesta área da família. O Direito sofreu alterações com a P.M.A, que estabeleceu uma separação entre a componente afetiva e biológica e originou muita imprevisibilidade, pois aquilo que era tido como certo já não o é. Normas como a prevista no artigo 1796º C.C., segundo o qual a filiação, no que diz respeito à mãe, resulta do nascimento, já não podem ser vistas como uma máxima absoluta, e para isso contribuiu também a P.M.A.

A P.M.A consiste num conjunto de técnicas fornecidas pela área da Medicina que visam ser acionadas quando falha a reprodução natural, mormente como tratamento de situações de infertilidade com apoio do laboratório¹⁰. AS.P.M.R. define a infertilidade conjugal como a “incapacidade de um casal conceber ou levar a bom termo uma gravidez depois de pelo menos um ano de relacionamento sexual regular sem qualquer proteção”. A infertilidade é vista como uma verdadeira doença, causada pela falência do sistema reprodutor, que embora não mate nem incapacite, afeta não só os casais a nível físico e psicológico, como social e emocional¹¹. O facto de as técnicas de P.M.A terem constituído um avanço ao longo dos anos, superando inúmeros casos de infertilidade, não significa que tenha existido um aumento do número de crianças, mas sim que essas situações, muitas vezes graves e alegadamente impossíveis de ultrapassar, terminaram por ser resolvidas. Mas nem só de pontos

¹⁰O Comité Internacional de Monitorização da Reprodução Medicamente Assistida (The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART)) publicou um glossário com terminologia utilizada na P.M.A em 2005, o qual veio a ser revisto juntamente com a Organização Mundial de Saúde em 2009. De acordo com esse glossário, a reprodução medicamente assistida define-se como “todos os tratamentos ou procedimentos que incluem o tratamento in vitro de ovócitos ou espermatozoides humanos ou embriões, com o propósito de gerar uma gravidez.” (tradução nossa). [Consult. 08/08/2017] Disponível na Internet <URL: http://www.icmartivf.org/Glossary_2009_FertilSteril.pdf>.

¹¹De acordo com os dados fornecidos pela S.P.M.R, aproximadamente 1 em cada 10 casais encontra-se nesta situação e muitos têm conseguido ultrapassá-la graças a estas técnicas de P.M.A, mas sobretudo graças a um diagnóstico correto da infertilidade, ou seja, a uma correta análise das suas causas, para que desta forma se possa escolher a alternativa mais adequada a cada um.

positivos vive a P.M.A, dado que esta contende muitas vezes com direitos e princípios que se tinham como imutáveis¹². Daí a dificuldade de o legislador regular especificamente esta matéria, que compreende diferentes áreas como o Direito, a Ética, a Psicologia e a Medicina, conjugando diferentes interesses, pelo que se afere necessário impor limites.

Além disso, no que diz respeito ao próprio ato de gestação e ao parto, existem muitas diferenças relativamente à reprodução natural. Existe aqui um maior risco de aborto, maiores hipóteses de gestação múltipla e de prematuridade, o que tanto pode levar ao falecimento da criança, como fazer com que esta nasça com problemas de saúde, podendo mesmo causar problemas nos próprios progenitores¹³. Talvez por esse motivo seja tão importante, por exemplo, para o Departamento de Pediatria e para o Departamento de Ginecologia e Obstetrícia do Hospital de S. João no Porto a qualidade de vida dos recém-nascidos através destas técnicas¹⁴.

1.2. O período anterior à Lei n.º 36/2006 - um vazio legislativo?

Segundo a A.P.B., a infertilidade afeta cerca de 15% da população portuguesa, ou seja, aproximadamente 300 000 pessoas¹⁵. Embora a P.M.A tenha proporcionado um avanço significativo na superação desta doença, abrindo assim caminho a vários casais para que possam constituir família, a verdade é que são técnicas bastante intrusivas, que vão contender com a reserva íntima da nossa vida, dado que estamos perante uma manipulação da vida humana, ainda que na sua fase embrionária. Antes do aparecimento da Lei n.º 32/2006 em 26 de julho, que veio regular esta matéria, existia um vazio legislativo, o que facilmente se podia traduzir numa anarquia na utilização das técnicas e, por

¹²A P.M.A contende, desde logo, e porque se trata de uma manipulação genética da vida humana, ainda que na fase embrionária, com o direito à vida, direito esse tido como inviolável e indisponível. Além disso, na situação específica da gestação de substituição, a mãe gestante dispõe do seu próprio corpo e fá-lo de forma instrumentalizada, na medida em que vai renunciar ao direito à maternidade, ao direito a constituir família, podendo em muitos casos ofender não só a sua integridade física como também psíquica, atentos os possíveis danos que todo o processo pode vir a causar.

¹³Sobre os riscos da P.M.A consultar a página online da Associação Portuguesa de Sociologia. [Consult. 7/08/2017]. Disponível na Internet em <URL: <http://www.aps.pt/vicongresso/pdfs/571.pdf>>.

¹⁴De acordo com os seus dados que datam do período compreendido entre 1999 a 2003, registaram-se, de entre 138 grávidas, 18% de gestações que resultaram em abortamento, 30% de gestações múltiplas e 41 % de prematuros, valores estes bastante elevados relativamente aos que se verificam na reprodução natural. In TEIXEIRA, Ana et. al. - Recém- nascidos de Reprodução Medicamente Assistida. Acta Médica Portuguesa - Revista Científica da Ordem dos Médicos. [Em linha]. Vol. 18, N.º6 (2005). 409-416. [Consultado a 8/01/2017]. Disponível na Internet em <URL: <http://www.actamedicaportuguesa.com/revista/index.php/amp/article/download/6349/4582>>ISSN: 1646-0758.

¹⁵ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE BIOÉTICA - **Relatório/Parecer n.º P/03/APB/05 sobre Procriação Medicamente Assistida**. [Em linha]. Porto: [s.n.], 2005. [Consult. 3/12/2016]. Disponível na Internet em <URL: http://www.apbioetica.org/fotos/gca/12802564441136379873procriacao_assistida_parecer_03.pdf, p. 1.

exemplo, em situações extremas como tráfico de material biológico. Através dos seus vários pareceres e relatórios, o C.N.E.C.V. salientava a importância de legislar este assunto, até por se tratar de uma matéria fundamental e prevista na C.R.P., no seu artigo 67º n.º 2 e).

De 1993 a 2004 foram inúmeros os pareceres deste organismo, aliado a instrumentos internacionais como a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina em 1997¹⁶, o Protocolo Adicional que Proíbe a Clonagem de Seres Humanos de 1998¹⁷, entre outros.

Não obstante a falta de um instrumento que versasse sobre a P.M.A, durante este vazio legislativo existiram sempre alguns princípios que regeram esta prática, a começar pela equidade no acesso ao sistema público de saúde e o dever de informação para com todos os cidadãos, bem como o respeito pela dignidade humana e a não instrumentalização da pessoa¹⁸. Também os vários partidos políticos deram as suas contribuições, nomeadamente o Bloco de Esquerda (B.E.), com o Projeto 141/X/1 de 19/07/2005, o Partido Socialista (P.S.) com o Projeto 151/X/1 de 28/07/2005, o Partido Comunista Português (P.C.P.) com o Projeto 172/X/1 de 6/10/2005 e o Partido Social Democrata (P.S.D.) com o Projeto 176/X/1 de 14/10/2005. Estas contribuições foram, progressivamente, caracterizando a P.M.A, começando a sobressair algumas características destas técnicas, nomeadamente a sua subsidiariedade, ou seja, os métodos seriam sempre subsidiários relativamente à reprodução natural, apenas utilizada quando esta não fosse possível e quando todos os meios estivessem esgotados.

¹⁶Esta Convenção foi adotada e aberta à assinatura em Oviedo, a 4 de abril de 1997, tendo entrado em vigor na ordem internacional a 1 de dezembro de 1999. Portugal assinou-a a 4 de abril de 1997, tendo sido aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001 de 3 de janeiro publicada no Diário da República, I Série-A, n.º 2/2001. Foi ratificada pelo Decreto do Presidente da República, n.º 1/2001, de 20 de fevereiro, de 3 de janeiro, publicado no Diário da República, I Série-A, n.º 2/2001 e entrou em vigor em Portugal a 1 de dezembro de 2001.

¹⁷Adotado em Paris a 12 de janeiro de 1998 e entrou em vigor na ordem internacional a 1 de março de 2001. Por sua vez, em Portugal a assinatura ocorreu a 12 de janeiro de 1998 e entrou em vigor na ordem jurídica portuguesa a 1 de dezembro de 2001.

¹⁸Para o CNEV, “é preciso fazer a distinção entre o ser da pessoa e o seu agir. É evidente que, no seu agir, a pessoa presta serviços, realiza finalidades concretas, ajuda os outros; a ação humana possui finalidades particulares que são meios para a realização da pessoa, mas não meios para a sua instrumentalização. O trabalho, a prestação de serviços são meios da realização da pessoa, nunca podem transformar o ser da pessoa num meio para a obtenção de outros fins. Aliás, esta transformação esteve na base da escravatura. A dignidade humana opõe-se, portanto a todas as formas de instrumentalização do ser da pessoa”. In CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA - **Relatório: Procriação Medicamente Assistida**. [Em linha]. Lisboa: [s.n.], 2004. [Consult. 20/12/2016]. Disponível na Internet em <URL: http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273057172_P044_ParecerPMA.pdf> p. 17 e 18.

O biologismo estava igualmente presente no domínio da filiação, ao ponto de existir quem defendesse que, para que se pudesse aceder a estas técnicas, pelo menos um dos membros do casal teria que contribuir com o seu material genético, de forma a evitar que existisse uma separação entre filiação biológica e jurídica. Até porque, quanto maior for o número de intervenientes neste processo, maior será a probabilidade de conflito de interesses, pelo que o ideal seria que o progenitor fosse biológico, e ao mesmo tempo, jurídico e social. Embora se tenha falado sempre num acesso em condições de igualdade, esta igualdade¹⁹, na perspetiva do biologismo, seria sempre aplicável entre todos os casais diagnosticados com a infertilidade e não entre todas as pessoas, ou seja, existiriam certas condições para se poder ser beneficiário da P.M.A.

Outro dos princípios fundamentais inerentes à reprodução assistida foi sempre o do consentimento livre, esclarecido e informado, que devia ser prestado para todos os atos médicos, aliado ao dever de informação. No que diz respeito aos médicos, outra das partes intervenientes, estes têm sempre o direito à objeção de consciência, direito esse que seria sempre salvaguardado, é dizer, quando tivessem motivos ponderados, poderiam recusar a aplicação das técnicas. Por fim, no que concerne aos contratos de gestação de substituição, a A.P.B.²⁰ defendia que, quer se tratassem de contratos onerosos ou gratuitos, dado os direitos em causa, deveriam ser sempre proibidos. Quanto ao estabelecimento da filiação, todos defendiam que os laços fossem estabelecidos de acordo com o estipulado no C.C., não se podendo chamar o dador à paternidade, excepcionando-se, para o PS, o caso da maternidade da substituição, em que a mãe deveria ser a mãe gestante. Foi através deste enquadramento geral que a A.P.B. veio a apreciar os projetos lei *supra* referenciados e os quais contribuíram para o aparecimento da Lei da P.M.A em 2006, a Lei n.º 32/2006 de 26 de julho.

1.3. A Lei n.º 32/2006 de 26 de julho da Procriação Medicamente Assistida

¹⁹O princípio da igualdade apresenta várias vertentes. Não se trata apenas de tratar de forma igual o que é igual, mas de forma diferente o que é diferente, ou seja, apresenta uma dimensão positiva e negativa, sendo que a positiva assenta no princípio da solidariedade. De acordo com o mesmo, devem ser aceites medidas de discriminação positiva a favor daqueles que sejam diagnosticados com infertilidade ou outro tipo de doenças e que normalmente são tratadas de forma mais desfavorável. Também aqui se insere a ideia de solidariedade biológica, ou seja, cada um de nós é portador de um genoma específico, diferente de todos os outros e tal deve ser sempre tido em conta. Abrange ainda a vertente do princípio do acesso equitativo. Significa isto que o Estado, enquanto Estado social, deve prover ao nosso bem-estar, fornecer as condições necessárias a todos para que possam exercer os seus direitos, protegendo assim a saúde de cada cidadão. A propósito deste princípio e da sua obrigação de diferenciação, consultar NABAIS, José Casalta - **Por uma liberdade com responsabilidade – estudos sobre direitos e deveres fundamentais**, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, ISBN 978-972-32-1467-3, p. 59 e MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais**, op. cit., p. 228.

²⁰ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE BIOÉTICA - **Relatório/Parecer n.º P/03/APB/05 sobre Procriação Medicamente Assistida**. Op. cit, p. 18.

1.3.1. O acesso à lei e os seus beneficiários

Como já referimos previamente, antes do aparecimento da Lei n.º 36/2006 de 26 de julho todos os projetos elaborados pelos partidos eram unânimes no sentido de que a P.M.A devia ser considerada um método subsidiário²¹, cujo acesso era permitido apenas em caso de diagnóstico de infertilidade.²² Quanto aos beneficiários, se uns entendiam que apenas podiam recorrer a estas técnicas os casais heterossexuais ou em união de facto para que as crianças pudessem usufruir de uma estrutura familiar e biparental, para outros o elenco deveria ser alargado de forma a incluir todas as mulheres e casais homossexuais. Exemplo disso foi o projeto de lei do P.A.N. de 2015 que pretendia a expansão destas técnicas a beneficiários que até à data não vinham a ser contemplados, prevendo também a possibilidade de se estabelecer as técnicas como um método alternativo de procriação, pois mantendo-se subsidiárias estar-se-ia a pactuar com uma discriminação e até mesmo exclusão social.

A verdade é que a lei, na sua primeira versão, previa apenas este acesso a pessoas casadas ou a viver em união de facto, que não estivessem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto, devendo o casal ser de sexo diferente. Teriam ainda que ser maiores de idade e não estarem interditos ou inabilitados por anomalia psíquica, nos termos do artigo 6º do diploma. Uma das críticas, apontadas nomeadamente pelo B.E.²³ diz respeito ao facto de a lei apenas reconhecer apenas uma espécie de beneficiários e atender a um conceito tradicional de família, pelo que se deveriam eliminar

²¹Para o C.N.E.C.V, as técnicas devem ser utilizadas por razões médicas, em situações de infertilidade e/ou esterilidade, vistas como doença do casal, sendo a sua finalidade tentar obter a conceção de um ser humano quando alterações aos mecanismos fisiológicos da reprodução natural não a permitam. O parecer afirma que as técnicas de P.M.A não constituem procedimentos alternativos à reprodução natural, mas antes, de acordo com o princípio da subsidiariedade, métodos terapêuticos subsidiários. Admitiam-se exceções, que vieram a ser previstas na Lei, por ponderadas razões estritamente médicas decorrentes da prevenção da transmissão de doenças graves de origem genética ou outra, como derrogações ao enunciado princípio da subsidiariedade. A utilização das técnicas, embora ao serviço da concretização de um projeto parental, o que implica a consideração do desejo dos candidatos a pais, deve ter em conta sobretudo os interesses do futuro ser humano que vier a ser concebido, na assunção do princípio da vulnerabilidade que obriga à sua proteção. *In* CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA - **Relatório: Procriação Medicamente Assistida**, op. cit., p. 5.

²²Existem vários motivos possíveis de infertilidade. No caso da mulher, que começa a tentar engravidar cada vez mais tardiamente, algumas das causas que podem levá-la a recorrer a estas técnicas passam pela falência da ovulação, pela obstrução das trompas de Falópio, pela existência de uma doença no útero, pelo muco cervical desfavorável, pelos repetidos abortos, pela endometriose, podendo até mesmo não existir uma explicação. No caso do homem, poderá dever-se a uma diminuição ou ausência do número de espermatozoides, à mobilidade reduzida ou a uma configuração anormal dos mesmos. Sobre as várias causas de infertilidade, quer feminina quer masculina, pode ser consultada a página online da Associação Portuguesa de Fertilidade. [Consult. 25/07/2017]. Disponível na Internet em<URL: <http://www.apfertilidade.org/>>.

²³PROJETO-LEI n.º 36/XIII/1ª - Garante o acesso de todas as mulheres à Procriação Medicamente Assistida (P.M.A) e regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à segunda alteração à lei n.º 32/2006, de 26 de julho, alterada pela lei n.º 59/2007, de 4 de setembro. Publicado no "Diário da Assembleia da República II série - A n.º 9" (2015-11-19) 5-10.

critérios como o estado civil para se poder recorrer à P.M.A. O partido sugeria, aliás, que as técnicas passassem a ser caracterizadas como alternativas e não subsidiárias. Assim, a lei iria acolher as várias formas de viver a parentalidade e aceitar as suas diferenças.

Com a segunda alteração operada pela Lei n.º 17/2016 de 20/06, introduziram-se algumas inovações relativamente ao elenco dos beneficiários e acesso a estas técnicas, passando a prever no artigo 6º n.º1 a possibilidade de os casais de mulheres serem beneficiários, bem como mulheres solteiras, não discriminando em função do estado civil e da orientação sexual. Além disso, passou a incluir todas as mulheres, mesmo que não tivessem sido diagnosticadas com infertilidade, conforme o artigo 4º n.º3 da Lei da P.M.A, previsão esta que, no nosso entendimento, não se mostra coerente. O facto de esta segunda alteração manter a natureza subsidiária da lei, prevendo no artigo 4º n.º2 que “A utilização de técnicas de P.M.A só pode verificar-se mediante diagnóstico de infertilidade ou ainda, sendo caso disso, para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras”, mas afastar, no n.º3, este critério de infertilidade e, consequentemente, subsidiariedade, ao prever “As técnicas de P.M.A podem ainda ser utilizadas por todas as mulheres, independentemente do diagnóstico de infertilidade”, acaba por tornar a exceção na regra, isto porque, simplificando, permite que todas as mulheres tenham acesso à reprodução assistida, ou seja, a disposição do n.º 3 acaba não só por ser contrária à do n.º 2, como a anula.

O Decreto Regulamentar n.º 6/2016 de 29 de dezembro veio regulamentar a Lei n.º 17/2016 de 20 de junho, a qual alargou o âmbito dos beneficiários das técnicas de P.M.A, garantindo o acesso a todos os casais e todas as mulheres à P.M.A, independentemente do seu estado civil, orientação sexual e diagnóstico de infertilidade, procedendo assim à segunda alteração da Lei da P.M.A – Lei n.º 32/2006 de 26 de julho. Esta Lei n.º 17/2016 de 20 de junho veio permitir que não só os casais do mesmo sexo tivessem acesso às técnicas de procriação assistida, como alargou as mesmas a todas as mulheres, mesmo aquelas que não estão numa situação de infertilidade. Sobre isso, pode ler-se no preâmbulo do decreto regulamentar *supra* mencionado que “A aplicação de técnicas de P.M.A na ausência de infertilidade realça ainda mais a exigência geral de, pela boa prática médica e segurança dos cuidados a prestar aos beneficiários de técnicas de P.M.A e desde que existam razoáveis probabilidades de êxito, privilegiar a inseminação artificial em relação às restantes técnicas de P.M.A, atendendo à sua menor intervenção e invasividade”.

É nosso entendimento de que esta aplicação geral a todas as mulheres não concretiza o propósito que é aqui explícito de privilegiar a inseminação artificial sobre as restantes técnicas, acabando sim por privilegiar a aplicação da P.M.A, no geral, relativamente à procriação natural. Isto porque, mulheres que não são inférteis e podem procriar de forma natural, têm assim a possibilidade de recorrer à reprodução assistida, pautada por um conjunto de métodos que, como já referimos, além dos riscos que comportam, podem ser bastante intrusivos, instrumentalizando e fazendo deste tipo de reprodução um turismo.

Além disso, existem no diploma algumas críticas a tecer, nomeadamente o seu artigo 1º, que começa por referir o objeto que irá regulamentar: “O artigo 5.º e o n.º 2 do artigo 16.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, que regula a utilização de técnicas de P.M.A; b) A Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, garantindo o acesso de todas as mulheres à P.M.A”. Ora no que diz respeito ao artigo 5º e aos centros autorizados a ministrar as técnicas de P.M.A, de acordo com o disposto no artigo 2º n.º2 do Decreto Regulamentar, estes centros podem ser públicos ou privados, existindo, a nosso ver, uma falta de conjugação desta norma com a norma que prevê a responsabilidade criminal. Além do mais, dispõe o artigo 5º do decreto que, na aplicação das técnicas de P.M.A, “deve privilegiar-se a inseminação artificial, a não ser que exista uma razão clínica que fundamente a utilização de uma outra técnica de P.M.A.”, quando a técnica devia ser ponderada caso a caso.

De salientar ainda a possibilidade de existir uma fertilização recíproca, a qual não se encontra vedada legalmente. De acordo com o C.N.P.M.A.²⁴, o conceito de fertilização recíproca pode ser definido como “a possibilidade de um casal de mulheres candidato a aplicação de técnicas de P.M.A contribuir biologicamente para a conceção da criança, designadamente através do recurso a ovócitos de uma das beneficiárias e subsequente transferência embrionária (após inseminação com espermatozoides de dador) para o útero da outra beneficiária”. Neste sentido, veio o C.N.P.M.A.²⁵ deliberar que “não está legalmente vedada a possibilidade de atender a um projeto de maternidade biologicamente partilhado por um casal de mulheres através do recurso a fertilização recíproca, desde que para tal não haja uma contraindicação clínica que o impossibilite”.

²⁴In CONSELHO NACIONAL DE PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA - **Deliberação n.º 13-II/2017, de 27 de janeiro do C.N.P.M.A: Admissibilidade do recurso a fertilização recíproca.** [Em linha]. Lisboa: [s.n.], 2017. [Consult. 18/09/2017]. Disponível na Internet em <URL: <http://www.cnpma.org.pt/Docs/Deliberacao13-II.pdf> >p.1.

²⁵In CONSELHO NACIONAL DE PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA, idem ibidem.

O legislador tem de ser concreto, sob pena de a lei se vir a tornar ineficaz nestes pequenos detalhes: ou permite o acesso a estas técnicas a todas as mulheres, ou restringe-as àquelas que sejam inférteis, quer isto dizer, ou se trata de uma lei com carácter subsidiário no que diz respeito aos seus beneficiários, ou é extensiva a todas as mulheres. A subsidiariedade pode ainda ser analisada num âmbito comparativo ao da adoção, ou seja, importa averiguar se faria sentido os beneficiários, para terem a possibilidade de aceder a estas técnicas, serem obrigados a, num primeiro momento, recorrer à adoção. Só posteriormente, verificando-se essa tentativa frustrada, poderiam aceder às técnicas de P.M.A. Se os membros do casal têm a possibilidade de gerar o embrião através do seu material genético, criando assim um filho que é biológico, é mais compreensível que não considerem a adoção como uma hipótese.

Não obstante, mesmo no caso de existir um dador e perante a possibilidade de pelo menos um dos progenitores não vir a ser progenitor biológico da criança, a adoção nunca deveria ser imposta, sob pena de a integração da criança na família ser colocada em causa, por se tratar de algo indesejado. Dever-se-ia sim promover este instituto, mesmo aquando da procura pelas técnicas de reprodução assistida, divulgando a respetiva informação e desburocratizando o processo de adoção para que não fossem colocados tantos entraves.

Não obstante estas alterações, um dos requisitos que não foi modificado, ainda que o seu conteúdo tenha sido avaliado pelo Tribunal Constitucional²⁶, foi o estabelecimento de uma idade máxima dos beneficiários. O facto de não existir este limite máximo pode permitir que uma mulher que já tenha ultrapassado a sua idade fértil possa aceder a estas técnicas. Isto tanto se pode traduzir em riscos para a criança como para a própria beneficiária pelo que existe quem defenda que, na medida em que também o instituto de adoção prevê um limite máximo de idades de forma a que as relações estabelecidas se equiparem o mais possível às da filiação natural, também o mesmo deveria acontecer na P.M.A, sob pena de estarmos a colocar o desejo pessoal de maternidade à frente do superior interesse da criança.²⁷

²⁶Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 25/84, de 4/04/1984, no âmbito do Processo n.º 38/84, Relator Conselheiro Costa Aroso, disponível na Internet em <URL:<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840025.html>>.

²⁷Existem países tais como Áustria, Luxemburgo e Dinamarca que vieram estabelecer esse limite numa idade compreendida entre os 40 e 45 anos. A par de Portugal, também Espanha e Inglaterra não sentiram a necessidade de se fixar essa idade máxima.

Neste sentido defende também o C.N.P.M.A.²⁸, que veio a estabelecer essa idade máxima, ao constatar que os centros públicos consideravam diferentes idades limites para o elemento masculino do casal, o que era violador do princípio da igualdade. Utilizou os critérios tidos em conta na adoção, dado que em ambas as situações se pretende integrar um novo membro numa família, sendo importante definir esta idade para que os progenitores possam participar na sua vida e ter condições de estarem presentes. Como tal, estabeleceu um limite máximo de 50 anos para o elemento masculino do casal.

O Tribunal Constitucional²⁹ veio a entender que este limite já se encontra implícito na Lei, dado que o facto de as técnicas serem um método subsidiário significa que apenas podem recorrer a elas aqueles a quem tenha sido diagnosticada infertilidade o que, por conseguinte, pressupõe a ideia de que a mulher beneficiária está em idade de procriar. No entanto, entendemos que este requisito devia estar consagrado expressamente, de forma a não originar interpretações dúbias e a não permitir contornos excessivos do limite natural, quer para a mulher quer para o homem, sendo que a idade deste último não tem sido particularmente debatida. Aliás, o argumento de que como apenas as mulheres inférteis podem recorrer à P.M.A implica que está em idade de procriar já não colhe, porquanto a lei veio estender o seu acesso a todas as mulheres, sem quaisquer restrições.

Também o dever de informação se manteve com as alterações da lei, nomeadamente no artigo 12º c) do diploma, sendo que o seu incumprimento pode originar uma ação de responsabilidade civil, as designadas ações de *wrongful birth*, nas quais ambos os progenitores que recorrem a estas técnicas intentam uma ação contra os médicos pelo incumprimento deste dever e pela falta de informação relativa aos riscos de anomalia fetal. Para tal, invocam que se tivessem tido conhecimento desses dados teriam procedido à interrupção voluntária da gravidez ou à não implantação do embrião. Existem

²⁸In CONSELHO NACIONAL DE PROcriação medicamente assistida - **Deliberação n.º 03/II: Definição da idade limite do elemento masculino dos casais elegíveis para a aplicação das técnicas de procriação medicamente assistida**. [Em linha]. Lisboa: [s.n.], 2013. [Consult. 21/01/2017]. Disponível na Internet em <URL: http://www.cnpma.org.pt/Docs/PROFISSIONAIS_Deliberacao03_II.pdf>.

²⁹De acordo com o Tribunal Constitucional “Poderá dizer-se, por conseguinte, que o ordenamento jurídico português, embora não tenha optado por uma formulação verbal expressa no sentido da fixação de um limite etário para os beneficiários das técnicas de P.M.A, acaba por se aproximar, nesse plano, por efeito do elemento sistemático de interpretação, dos critérios normativos enunciados no direito italiano e no direito francês, na medida em que estabelece condições de admissibilidade restritivas que, à partida, obstam a que as técnicas de procriação medicamente assistida possam ser utilizadas em circunstâncias contrárias à ordem natural das coisas.” Cf. ACÓRDÃO do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, op. cit.

ainda as ações de *wrongful life*, com o mesmo fundamento, mas intentadas pela própria criança através do seu representante legal, onde esta alega que se poderia ter prevenido uma vida indesejada - a sua - fundamentando-se num direito à não existência³⁰.

1.3.2. As técnicas de P.M.A previstas

A Lei n.º 32/2006 de 26 de julho estipula, logo no seu artigo 2º, as técnicas que podem ser utilizadas neste âmbito, sendo elas a inseminação artificial, a F.I.V., a injeção intracitoplasmática de espermatozoides, a transferência de embriões, gâmetas ou zigotos, o diagnóstico genético pré-implantação e outras técnicas laboratoriais de manipulação gâmeta ou embrionária equivalentes ou subsidiárias. Estas técnicas têm como propósito a conceção de um novo ser, conceção essa que, embora não seja natural, se procura assemelhar a esta o mais possível no resultado, de forma a proteger todos os intervenientes. É sobre o conceito e vertentes de cada uma delas - que tanto podem ocorrer dentro como fora do organismo - que nos iremos debruçar de forma a proceder a um enquadramento geral.

Cumpre, primeiramente, averiguar se este elenco se manteve sempre inalterado ou se foi, consoante a evolução da sociedade e da própria ciência, adaptando-se às constantes necessidades e transformações. A única alteração operada neste sentido deu-se através da Lei n.º 25/2016 de 22/08, que veio acrescentar ao elenco – definido no artigo 2º da Lei n.º 32/2006 de 26 de julho -um n.º2, onde se pode ler “A presente lei aplica-se ainda às situações de gestação de substituição previstas no artigo 8º”, referindo-se às comumente designadas “barrigas de aluguer”. Desde logo se coloca uma questão fundamental, a de saber se a gestação de substituição é uma técnica de P.M.A ou se a lei apenas pretendeu estender os efeitos das técnicas previstas no artigo 2º a este tipo de gestação. A verdade é que o legislador sentiu a necessidade de distinguir, nas disposições normativas, esta prática das restantes técnicas. Contudo, para que possamos responder a esta pergunta, será necessário analisarmos o que se entende por gestação de substituição, de forma a compreendermos o porquê de ser ou não vista como uma técnica e, ainda que não o seja, se encontrar prevista neste diploma.

1.3.3. A Inseminação Artificial

³⁰MANSO, Luís Duarte Baptista - Da obrigação de informar em diagnóstico pré-natal e diagnóstico genético pré-implantação - as acções de “wrongful birth” e “wrongful life” e o instituto da responsabilidade civil. In **Direito da Saúde: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira - Volume 4** **Genética e Procriação Medicamente Assistida**, Org. João Loureiro et. al., Coimbra: Edições Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6596-0, p. 130 e 131.

A inseminação artificial consiste na introdução do sêmen masculino nos órgãos genitais da mulher, sem que haja cópula, sendo que o sêmen pode ser do marido ou pessoa em união de facto com a mulher (homóloga) ou pode ter proveniência de um dador (heteróloga)³¹. A falta de informação e legislação que regulasse a inseminação artificial³² fez com que inicialmente este processo fosse visto em alguns países como os Estados Unidos da América, por exemplo, como um processo adulterino, considerando as crianças concebidas por esta via filhos ilegítimos, perspectiva esta que veio a ser afastada até pela intimidade sexual exigida pelo adultério³³.

Atualmente, dispondo de um capítulo inteiro da lei que regula a P.M.A, já *supra* mencionada - capítulo III - a inseminação artificial é uma das técnicas mais utilizadas e conhecidas, e também mais simples³⁴, menos caras e indolor, podendo caracterizar-se por ser homóloga e heteróloga, consoante existam gâmetas do próprio casal ou se recorra a dadores. É uma forma de combater a infertilidade, como já havia sido estipulado na Lei n.º 3/84 de 24 de Março, Lei da Educação sexual e planeamento familiar, onde se pode ler no artigo 9º n.º2 que “O Estado aprofundará o estudo da prática da inseminação artificial como forma de suprimento da esterilidade”. Foi sempre vista, tal como as outras técnicas, como um meio subsidiário e não alternativo.

A primeira ressalva que o artigo 19º da Lei da P.M.A faz refere-se ao carácter subsidiário desta técnica, sendo que apenas se pode recorrer a ela quando não se possa obter uma gravidez de outra forma. Na procriação homóloga as gâmetas são de ambos os membros do casal que vai beneficiar da

³¹Nos termos do DL n.º 319/86 de 25 de setembro a inseminação artificial heteróloga caracteriza-se por uma recolha do sêmen, o qual é analisado e conservado pelas instituições competentes. O diploma previa uma consagração, no artigo 201º n.º1 C.R.P, do seguinte “1 - A recolha, a manipulação, a conservação de esperma e quaisquer outros atos exigidos pelas técnicas de procriação artificial humana só podem ser praticados sob a responsabilidade e a direta vigilância de um médico em organismos públicos ou privados que tenham sido expressamente autorizados para o efeito pelo Ministro da Saúde. 2 - Quando apenas se utilizem técnicas de procriação artificial homóloga com sêmen fresco, é dispensada a autorização referida no número anterior”.

³²A primeira vez que foi aplicada em Portugal foi no ano de 1985 no Hospital da Faculdade de Medicina do Porto, por uma equipa liderada pelo Prof. Dr. Alberto Barros. Ver página online do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida [Em linha] [Consult. 19/01/2017]. Disponível em WWW: URL:http://www.cnpma.org.pt/cidadaos_pma.aspx.

³³DIAS, João Álvaro - **Procriação assistida e Responsabilidade Médica**, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, ISBN 972-32-0734-6, p. 45.

³⁴O procedimento neste caso é o mais simples de todas as técnicas, sendo que antes dessa introdução de sêmen, é necessário que se opere a ovulação da mulher, seja de forma natural ou induzida através de uma estimulação hormonal. Os espermatozoides depois de serem recolhidos são tratados em laboratório, sendo depois introduzidos. De acordo com Ana Paula Guimarães, existe ainda a inseminação artificial mista, em que se utiliza esperma proveniente do marido e de um dador. GUIMARÃES, Ana Paula - **Alguns problemas jurídico-criminais da Procriação Medicamente Assistida**, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, ISBN 972-32-0868-7, p. 46.

técnica, nunca se colocando em causa a verdade biológica, ao contrário do que pode acontecer na heteróloga³⁵. Nesta pelo menos uma das gâmetas são de um dador, existindo sempre um terceiro durante todo o processo, o qual não terá quaisquer direitos sobre o novo ser, ainda que tenha contribuído biologicamente para a sua formação. Os dadores são escolhidos criteriosamente, atendendo a requisitos como a ausência de doenças hereditárias, a doenças infecciosas transmissíveis, tendo em conta os resultados dos vários rastreios obrigatórios que efetuam e os limites de idade, sendo que não se aceita um dador de espermatozoides com idade superior a 44 anos e uma dadora de ovócitos com idade superior a 34 anos³⁶. O membro do casal que não contribuiu com o seu material genético - o membro infértil - assumirá a maternidade ou paternidade, caso tenha expressado o seu consentimento.

Assim, no que diz respeito à determinação da parentalidade, esta será estabelecida em relação ao casal beneficiário, dentro do qual estará sempre a mulher e, em caso de dador³⁷, o homem que com ela se encontra casado ou em união de facto, se assim o tiver consentido, conforme o artigo 20º da Lei da P.M.A. Existindo esse consentimento, nunca o marido da mulher inseminada poderá colocar em causa a sua paternidade, pois a lei distingue a filiação biológica da jurídica, atribuindo a paternidade mesmo a quem não participou na procriação, mas que nela consentiu, conforme artigo 1839º n.º3 C.C. Falamos aqui de uma nova forma de filiação, que não é biológica, mas que é semelhante à que ocorre no instituto da adoção. Trata-se de um vínculo que é objeto de um consentimento expresse que se forma e que assenta na vontade. No entanto, é livremente revogável, nos termos do disposto no artigo 14º n.º4 da Lei da P.M.A, até ao início do procedimento.

O C.C., na sua redação originária, estabelecia, no seu artigo 1799º, que a inseminação artificial não podia ser invocada para se estabelecer a paternidade, referindo “A fecundação artificial não pode ser invocada para estabelecer a paternidade do filho procriado por meio dela nem para impugnar a paternidade presumida por lei”. Significava isto que o dador não podia ser considerado o pai e que o

³⁵O P.S.D não admitia a procriação heteróloga, prevendo no seu artigo 8º n.º3 “Um processo de procriação medicamente assistida só pode ser desencadeado depois de verificada a inexistência de ovócito em que tenha sido iniciado o processo de fecundação, crioconservado antes da singamia, ou de embrião crioconservado, em qualquer dos casos resultante da fecundação de gâmetas de ambos os beneficiários” (sublinhado nosso) In PROJETO-LEI n.º 176/X - Regime jurídico da Procriação Medicamente Assistida. “Diário da Assembleia da República II série - A n.º 59”. (2005-10-22) 36-46.

³⁶Informação disponível no Centro de Genética da Reprodução [Em linha] [Consult. 21/01/2017]. Disponível na Internet em<URL: <http://www.cgrabarros.pt/doacao.htm>>.

³⁷Cfr. Artigo 21º da Lei da P.M.A.

marido da mulher, independentemente de ter dado o seu consentimento ou não, seria juridicamente o progenitor, não podendo impugnar essa paternidade. Com a reforma de 1977, esta disposição deu origem aos artigos 1839º e 1801º do C.C. Esta última disposição veio consagrar a possibilidade de os exames de sangue e outros meios cientificamente comprovados serem admitidos como meios de prova nas ações relativas à filiação, o que constituiu uma inovação.

Para Guilherme de Oliveira³⁸, esta norma reflete a intenção do sistema jurídico aceitar que a ciência se desenvolve e que isso tem efeitos e relevo jurídico, nomeadamente através da existência de meios de prova mais modernos. Por sua vez, Antunes Varela³⁹ vai mais longe e considera mesmo que esta norma reconhece verdadeiramente os métodos de P.M.A como forma de estabelecer um vínculo filial. Mas, se por um lado é reconhecida a importância desta técnica para o tratamento da fertilidade, o legislador também apontou salvaguardas e revelou prudência, nomeadamente através da consagração do direito à objeção de consciência dos médicos aquando deste procedimento. Ora, o artigo 1839º n.º3 C.C. trouxe consigo a figura do consentimento, que não existia na redação anterior do 1799º C.C. Inverteu-se a forma como a P.M.A era vista, na medida em que a lei lhe veio conceder efeitos jurídicos e aceitar que a partir destas técnicas se pudessem estabelecer relações jurídico-familiares, desde que existisse um consentimento.

No caso de não existir consentimento, a criança apenas será registada tendo como mãe a beneficiária. De acordo com o n.º4 do artigo 20º da Lei da P.M.A, “O estabelecimento da parentalidade pode ser impugnado pela pessoa casada ou que viva em união de facto com a pessoa submetida a técnica de P.M.A, se for provado que não houve consentimento ou que a criança não nasceu da inseminação para que o consentimento foi prestado”. No caso de não se verificar este consentimento, podemos estar perante a violação dos deveres conjugais de respeito e fidelidade se a beneficiária decidir prosseguir com o processo. A verdade é que o pode fazer, já que, como *supramencionado*, essa situação está prevista na lei, estando somente em causa o “dever fazer” ou não. Além da violação destes deveres conjugais constituir causa de divórcio⁴⁰, as consequências deste ato poderão mesmo

³⁸OLIVEIRA, Guilherme de - **Temas de Direito da Medicina**, Coimbra: Coimbra Editora (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Centro de Direito Biomédico), Outubro de 1999, ISBN 972-32-0921-7, p. 12.

³⁹DUARTE, Tiago - **In Vitro Veritas? - A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei**, Lisboa: Almedina, 2003, ISBN 9789724018935, p. 54.

⁴⁰Nesta violação culposa de deveres conjugais cabem situações tais como traição, desrespeito, falta de assistência. Embora a culpa não seja considerada como um fato constitutivo do direito a divórcio, ao contrário da redação do anterior artigo 1799º C.C, ela pode ser valorada se vier acentuar a gravidade dos fatos ao ponto de os tornar símbolo de rutura definitiva, o que nos parece que seria esse aqui o caso.

levar à rutura do casal e da estrutura familiar que poderia receber a criança. Funciona ainda aqui a presunção do artigo 1826º C.C, segundo o qual, nascida a criança na constância do matrimónio, se irá presumir que o pai é o marido da mãe.

Assim, na atual lei civil, já pode a inseminação ser invocada como causa de impugnação da paternidade, nos termos do artigo 20º n.º4 da Lei da P.M.A., se não existir este consentimento do marido da mulher inseminada. Não obstante, de acordo com o artigo 1839º n.º1 C.C., poderia essa paternidade ser impugnada por outras pessoas como a mãe, o filho e o dador, através do Ministério Público, solução esta que poderia vir a ser desastrosa. Primeiramente, não se está a impor uma falsidade biológica, não existindo razões para esta impugnação. Como refere Tiago Duarte⁴¹, “Em relação ao marido da mãe que consentiu na inseminação não se presume que é o pai biológico mas “pai social” pelo que, não havendo “farsa” a ninguém deve ser dado o poder de ilidir a presunção de paternidade impugnando uma “mentira”, afinal existente”. Se ao pai é limitada essa impugnação, que é o maior interessado, só faz sentido que aos outros também seja vedada essa possibilidade⁴². Cremos que a existir alguém com essa possibilidade de impugnar, apenas poderia ser o pai.

Como referimos anteriormente, o tipo de filiação que se vai estabelecer com a utilização de técnicas de P.M.A, neste caso concreto de inseminação artificial, é muitas vezes comparado ao tipo de filiação que se estabelece no instituto da adoção, até pelos interesses semelhantes em causa e pelo tipo de vínculo - baseado na vontade das partes - e não na biologia (no caso da inseminação heteróloga), razão pela qual o consentimento é essencial para a formação desta ligação. Não existe nenhuma norma que permita o arrependimento posterior, após o início do procedimento, daquele que deu o seu consentimento, dado que o marido estaria a negar uma paternidade que decidiu assumir por sua vontade perante todos, pelo que se estivermos perante um consentimento livre e esclarecido, aquele não se poderá desvincular.

⁴¹DUARTE, Tiago - *In Vitro Veritas? - A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*, op. cit., p. 63.

⁴²Nas palavras do Tribunal Constitucional, “Por outro lado, o artigo 20.º estabelece uma presunção de paternidade em relação ao cônjuge que consentiu na inseminação heteróloga da mulher (n.º 1), impedindo – como também resulta do seu n.º 5 - que este venha a exercer posteriormente o direito de impugnação sobre a paternidade presumida. Essa é, de resto, uma regra que se explica à luz da figura do abuso de direito. Seria contrário à boa fé que quem aceitou um processo de inseminação heteróloga para solucionar o seu próprio problema de esterilidade, conformando-se com a investitura na função social de pai, apesar de não ser o progenitor biológico, venha depois contestar o vínculo de filiação” in ACÓRDÃO do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, op. cit.

Coloca-se ainda a possibilidade de se estabelecer a paternidade face ao dador. Quanto ao dador, juridicamente não será considerado o pai, não se podendo estabelecer nenhuma ligação entre ele e a criança. Tal seria completamente contrário ao espírito da doação, até porque lhe falta a vontade necessária para estabelecer o vínculo de paternidade. Acrescem ainda as questões da confidencialidade e anonimato e a ocultação de informações que pode originar a transmissão de doenças. Segundo Oliveira de Ascensão⁴³, “o terceiro é um mero fornecedor de gâmetas. Não participa de um projeto de paternidade nem é responsável por um ato gerador consciente....a posição tomada é teleologicamente contraditória com a que se adota em matéria de gestação para outrem, pois como veremos aí é a mulher que perfaz a gestação quem é considerada juridicamente a mãe”.

Quanto à maternidade, a regra geral é a filiação jurídica acompanhar a filiação biológica, sendo que no caso de existirem duas mulheres - a que dá o óvulo e a que gera a criança - Tiago Duarte⁴⁴ entende que a mãe que gerou a criança não é juridicamente mãe. Nas suas palavras, “...mãe há-de ser a que transmite o património genético pois só esse é insubstituível, único e irrepetível.” E “A mãe uterina aproxima-se assim de uma hipotética figura de ama pré-natal que alimenta, protege, dá carinho, mas não é mãe. A mãe uterina pode ajudar e ajuda, sem dúvida, a manter a vida daquela criança mas não foi ela que gerou aquela vida que se desenvolve dentro de si”.

Entendemos que este conceito de mãe não pode ser visto de forma tão linear e é necessário ter em conta que embora o material genético não seja da mãe que gerou a criança, jamais ela se iria desenvolver sem a sua ligação e ajuda, a doação do material e o biologismo nunca seria suficiente para cimentar a posição de mãe, pelo menos não em todas as suas vertentes. Partilhamos do entendimento de Antunes Varela⁴⁵, para quem a ligação dos 9 meses se sobrepõe ao material genético, mas reconhecemos que não seria nunca do interesse da criança ser entregue à mãe que a gerou e com quem criou essa ligação durante os 9 meses, se não foi ela que o desejou e que criou um projeto parental que a envolve.

Outra das questões que tem grande repercussão no Direito da Família e que se encontra envolta em polémica é a da “Inseminação post mortem”, prevista no artigo 22º da Lei da P.M.A. Vem o

⁴³ASCENSÃO, José Oliveira de - A Lei n.º 32/2006, sobre procriação medicamente assistida, op. cit., pp. 983 e 984.

⁴⁴DUARTE, Tiago - *In Vitro Veritas? - A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*, op. cit., p. 72.

⁴⁵DUARTE, Tiago, idem ibidem, p. 70 e 71.

mesmo estipular que “Após a morte do marido ou do homem com quem viva em união de facto, não é lícito à mulher ser inseminada com sêmen do falecido, ainda que este haja consentido no ato de inseminação”, ressalvando, no n.º3, que “É porém lícita a transferência post mortem de embrião para permitir a realização de um projeto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que seja o prazo ajustado à adequada ponderação da decisão”.

De salientar que a inseminação post mortem difere da implantação post mortem. A realidade é que na implantação o embrião já existe, e por esse motivo, necessita de ser protegido, pelo que a sua implantação e gestação é a melhor forma de o assegurar. Na inseminação post mortem já não existiria previamente este embrião e, consequentemente, a necessidade da sua proteção. Também as opiniões dos autores aqui divergem, até porque, de acordo com o artigo 68º C.C., a personalidade jurídica cessa com a morte, pelo que o pai deixaria de ser titular *per si* de relações jurídicas. Sobre a sua legitimidade ou não, Ana Paula Guimarães⁴⁶ afirma que “ Encarando as técnicas de procriação artificial não só como uma terapia de combate à esterilidade mas também como um novo meio de procriação colocado à disposição de todos aqueles que pretendem, em qualquer circunstância, dar expressão à sua liberdade, especificamente, à sua liberdade procriativa, terá de se concluir pela não limitação desta liberdade, ou seja, pela possibilidade da mulher decidir se quer ser mãe e de optar pelos meios disponíveis, sejam os «naturais», sejam os «artificiais»”.

No entanto, importa neste caso salientar que a vontade da mulher em ser mãe não pode, no nosso ponto de vista, sobrepor-se aos interesses do filho, sobretudo se o motivo pelo qual pretende recorrer a estas técnicas é para preencher um vazio na sua vida, atribuindo um papel de remédio à criança e não de pessoa. Até porque, em caso de violação desta proibição, a única consequência prevista é a atribuição da paternidade da criança nascida ao falecido. Cremos que não basta a consagração da proibição legal, até porque a própria disposição veio a conceder uma abertura. Para Oliveira de Ascensão⁴⁷, cujo entendimento partilhamos, não basta que se estipule que não é permitida a inseminação post mortem, porque caso essa disposição seja violada, ainda será necessário estabelecer a filiação da criança que nasceu⁴⁸. Ainda que tenha sido criado um projeto a dois, a criança não terá a

⁴⁶GUIMARÃES, Ana Paula - **Alguns problemas jurídico-criminais da Procriação Medicamente Assistida**, op. cit, p. 38 e 39.

⁴⁷ASCENSÃO, José Oliveira de - A Lei n.º 32/2006, sobre procriação medicamente assistida, op. cit, pp. 993.

⁴⁸De acordo com o artigo 23º da Lei da P.M.A, a criança será tida como filha do falecido, a não ser que à data da inseminação a mulher tenha contraído novo casamento ou viva há pelo menos 2 anos em união de fato com um homem que tenha prestado o seu consentimento. Significa isto que no caso de

participação de ambos na sua vida. Além do mais, no caso de estarmos perante uma situação de infertilidade do homem, a inseminação artificial post mortem, cujo objetivo é ultrapassar uma situação de infertilidade, não vai estar a cumprir o objetivo para o qual foi criada. Existem outras formas de se constituir família, nomeadamente a adoção, pelo que é imperativo analisar os vários direitos - essencialmente do novo ser, que é a figura principal de todo o processo - e concluir se esta seria a melhor solução para ele ou não⁴⁹.

1.3.4. A Fertilização *In Vitro*

A F.I.V.⁵⁰ permitiu superar problemas que se afiguravam de maior dificuldade em caso de infertilidade e era aplicada essencialmente quando a Inseminação artificial não era suficiente para a superação da doença. Trata-se de uma técnica utilizada sobretudo quando já foram utilizados todos os meios para tentar ultrapassar este problema, não se tendo obtido qualquer resultado⁵¹. Este método aplica-se à mulher que não tem as condições necessárias para conceber, tendo o feto que ser criado fora do seu corpo, mas que pode levar a cabo a gestação. Também a F.I.V. pode ser homóloga ou heteróloga, podendo a gestação ocorrer no útero da mulher do casal ou de uma terceira, como já

este novo homem não ter prestado o seu consentimento, não só o filho será registado tendo como pai o falecido, como irá ser integrado numa estrutura familiar que não o quis e não o desejou, podendo levar à sua rutura e à violação de deveres conjugais.

⁴⁹Um dos casos dos quais se tem conhecimento em que veio a ocorrer esta inseminação post mortem foi o Caso Blood. O marido morreu vítima de meningite, e durante o período em que ele esteve inconsciente e com a ajuda de um médico, a sua esposa conseguiu recolher o seu esperma e depositou-o num estabelecimento em Inglaterra. Após a morte do marido, pediu para ser inseminada, tendo esse seu pedido sido recusado pelos médicos ingleses. Contudo, insistiu na aplicação da técnica, utilizando como principal argumento a invocação do projeto parental, de forma a ultrapassar a necessidade de consentimento do dador de esperma, neste caso o seu marido. Foi até à Bélgica, onde existia um vazio legislativo, invocou o princípio do direito comunitário da livre prestação de serviços e o princípio da livre circulação de mercadorias para fazer deslocar o esperma até à Bélgica e acabou por conseguir o que pretendia. Para mais informações sobre este caso consultar RAPOSO, Vera Lúcio; DANTAS, Eduardo – Aspectos jurídicos da reprodução post-mortem, em perspectiva comparada Brasil-Portugal. *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Coimbra: Coimbra Editora, ISSN: 1646-0359. 14:7 (2010). P. 86 e 87

⁵⁰Em Portugal o primeiro nascimento através da F.I.V ocorreu no Hospital de Santa Maria, com uma equipa encabeçada pelo Prof. Dr. Pereira Coelho, em fevereiro de 1986. Ver Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida [Em linha] [Consult. 19/01/2017]. Disponível em WWW: URL:http://www.cnP.M.A.org.pt/cidadaos_P.M.A.aspx.

⁵¹Dá-se a estimulação hormonal da mulher e a posterior punção folicular via vaginal para recolher o ovócito. Seguidamente, é efetuada a inseminação com esperma e os embriões são transferidos entre 2 a 5 dias mais tarde. Nesta fase existe a possibilidade de ocorrência de diversas situações: a hipótese de ser a mulher do casal a fornecer os ovócitos e o sêmen provir do marido, sendo o embrião implementado no útero da mulher; o sêmen ser doado por um terceiro em caso de o marido ser estéril; o óvulo e o sêmen serem do casal, mas o embrião ser implantado noutra mulher, ou seja, existir uma mãe de gestação ou até mesmo estarmos na presença de uma mulher que não tem parceiro, que fornece o seu óvulo enquanto o esperma é doado. Esta técnica caracteriza-se pela recolha e pelo tratamento dos espermatozoides e dos ovócitos, sendo que o processo de fertilização ocorre fora do corpo da mulher, mais especificamente dentro de um tubo de ensaio - a designada cápsula de Petri. Colocado o embrião e dando-se a sua implantação, inicia-se a gestação, processo que apresenta uma taxa de sucesso de 15 a 30%. *In* DIAS, João Álvaro, **Procriação assistida e Responsabilidade Médica**, op. cit., p. 89

referimos. Existem algumas condições dos beneficiários que desaconselham a prática desta técnica, nomeadamente em caso de idade avançada da doente, da fraca qualidade do sêmen do marido, de um funcionamento anormal dos ovários ou útero, entre outros entraves⁵². Além desta técnica ter como objetivo primacial a superação da infertilidade, pode ainda prevenir o risco de transmissão de doenças genéticas, dado que permite que sejam implantados apenas os embriões que não possuem genes defeituosos (seleção pré-implantória⁵³).

No que diz respeito ao problema dos embriões excedentários, de acordo com João Carlos Loureiro, existem várias correntes no que toca a definir o conceito de embrião. O autor⁵⁴, defende que “A dignidade apresenta-se como uma nota intrínseca – é-se digno desde que se seja humano, não dependendo de outras qualidades ou ações do sujeito ou de terceiros -, como uma categoria axiológica, pressupondo um reconhecimento originário, e é corporizada ou incorporada.” pelo que entende que o embrião deve ser protegido desde a fertilização. A par do autor, entendemos que o embrião deve ser protegido logo no momento em que é gerado, dado que se trata de uma pessoa, ainda que na sua fase inicial.

A pessoa torna-se pessoa porque existe uma evolução, uma progressão, e a verdade é que os nossos direitos não se modificam à medida que vamos envelhecendo, são os mesmos durante toda a nossa vida, pelo que devemos ser sempre protegidos de forma igual. Ainda a este propósito, veja-se o artigo 1878º C.C., segundo o qual cabe aos pais agir no interesse dos filhos, ainda que nascituros, sendo que certamente não será do interesse desta criança ser destruída, sendo esta uma finalidade completamente contrária ao direito à vida.

Entendimento contrário defende Luís Duarte Baptista Manso⁵⁵, para quem “Efetivamente, o embrião não pode ter o estatuto legal de pessoa, dado que esta solução entraria em contradição com os princípios jurídicos fundamentais, e seria duvidosa no plano ético, ao criar um subgrupo de pessoas

⁵²DIAS, João Álvaro, *idem ibidem*, p. 84.

⁵³Em Itália o primeiro caso de F.I.V teve lugar em 1983, existindo ainda um outro caso ocorrido dois anos antes nos EUA. No entanto, o primeiro e mais famoso caso é o de Louise Brown, apelidada de “o primeiro bebé-proveta”, nascida em 1978 em Inglaterra, Reino Unido. Foram os autores ingleses que, nos anos 60 e 70, obtiveram os maiores desenvolvimentos nas investigações que levaram a cabo, culminando neste nascimento a 25 de julho de 1978. Para mais informações sobre o caso de Louise Brown, ver a notícia disponível no Jornal o Público, em URL: <https://www.publico.pt/2010/10/04/ciencia/noticia/louise-brown-o-primeiro-bebeproveta-1459373> [Consult. 5/10/2017].

⁵⁴LOUREIRO, João Carlos, *idem ibidem*, p. 376.

⁵⁵MANSO, Luís Duarte Baptista - Da obrigação de informar em diagnóstico pré-natal e diagnóstico genético pré-implantação - as acções de “wrongful birth” e “wrongful life” e o instituto da responsabilidade civil. *op.cit.*, p. 147 e 148.

com direitos restringidos. Contudo, o facto de o embrião não ser considerado uma pessoa no sentido jurídico, não exclui a sua proteção objetiva, através dos instrumentos que constituem os direitos fundamentais: o respeito pelo ser humano desde o início da vida e a dignidade da pessoa humana”.

Segundo o disposto no artigo 24º da Lei da P.M.A, o ideal seria, na aplicação desta técnica, a criação do número exato de embriões considerados necessários para o nascimento do novo ser e não um número excessivo. No entanto, o cálculo desse número necessário tem-se verificado bastante complicado, até porque irá variar consoante o casal e as suas características biológicas, nomeadamente a idade da mulher, a qualidade estrutural e a dinâmica de desenvolvimento dos embriões.⁵⁶ O número de embriões pode ser excessivo, segundo Guilherme de Oliveira⁵⁷, quando, “de acordo com os conhecimentos médicos, se possa dizer que a implantação de todos eles fará a mulher correr um risco sério, porventura o risco da morte.” Importa agora aferir qual será o destino destes embriões excedentários e quem irá decidi-lo. Para uma determinada corrente, cabe ao dador tomar essa decisão.

Por seu turno, há quem defenda que deverão ser os progenitores os responsáveis pela escolha, enquanto outros apelam à atribuição desta decisão aos médicos⁵⁸. É, portanto, uma questão bastante contraditória, pois se uns defendem a escolha dos progenitores, dado tratar-se de um assunto bastante privado onde o Estado deve intervir o menos possível ou não intervir de todo, outros acreditam que estão em causa interesses públicos demasiado relevantes para não existir uma intromissão. Dada a contrariedade, parece-nos que a solução ideal seria mesmo a versão conciliadora, sendo o destino dos embriões acordado entre todos.

Em relação aos destinos possíveis, existem três que se encontram expressos no artigo 25º da Lei da P.M.A: a doação, destruição ou utilização na investigação científica. De acordo com a Lei da P.M.A, no seu artigo 25º n.º1, “Os embriões que, nos termos do artigo anterior, não tiverem de ser

⁵⁶Tendo em conta estes critérios, o Dr. Alberto Barros efetua uma transferência de 1 a 2 embriões quando se tratam de mulheres com idade até aos 40 anos e 3 embriões em mulheres com idade compreendida entre os 41 e 44 anos, a fim de evitar este problema. BARROS, Alberto - Procriação Medicamente Assistida. In **Direito da Saúde: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira - Volume 4 Genética e Procriação Medicamente Assistida**, Org. João Loureiro et. al., Coimbra: Edições Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6596-0, p. 120.

⁵⁷OLIVEIRA, Guilherme de - Aspectos jurídicos da Procriação Assistida. Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa: Ordem dos Advogados. ISSN 0870-8118. 3:49 (1989), p. 781.

⁵⁸OLIVEIRA, Guilherme de, idem ibidem, p. 781 e 782.

transferidos, devem ser criopreservados, comprometendo-se os beneficiários a utilizá-los em novo processo de transferência embrionária no prazo máximo de três anos”⁵⁹. A esta disposição coloca-se uma questão: o que fazer no caso de não serem utilizados dentro do prazo de 3 anos. O n.º 3 do mesmo preceito tentou responder, afirmando que “Decorrido o prazo de três anos referido no n.º1, sem prejuízo das situações previstas no n.º2, podem os embriões ser doados a outras pessoas beneficiárias cuja indicação médica de infertilidade o aconselhe, sendo os atos determinantes sujeitos a registo, ou doados para investigação científica nos termos previstos no artigo 9º”. Ressalva-se ainda no n.º4 que este destino apenas se pode verificar mediante o consentimento dos beneficiários originários ou do que seja sobrevivente.

Assim, uma das hipóteses é a doação⁶⁰ destes embriões excedentários a outro casal. Neste caso, um dos problemas que se vai colocar numa fase posterior é o do direito ao conhecimento da ascendência genética por parte da criança, do qual iremos falar mais à frente. Outro dos problemas é a facilidade com que o casal que vai ser beneficiário desta doação obtém os seus embriões, o que pode levar a um aumento destes propositadamente, fazendo com que os casais recorram mais rapidamente a esta doação, sem tentar as outras vias disponíveis. Além disso, não se tem em conta o trauma que a estimulação hormonal para a obtenção dos embriões pode causar à mulher que posteriormente acaba por doá-los. Acresce que os progenitores, embora tenham a intenção de proceder a esta doação, acabam muitas vezes por tomar uma decisão diferente, pela dificuldade que sentem em ver o seu filho biológico ser criado por outras pessoas. Na perspetiva de Oliveira de Ascensão⁶¹, não podemos falar dos embriões como se fossem um conceito desligado do da pessoa, a doação tem por objeto coisas e um embrião não se trata de uma coisa, pelo que não pode ser objeto de doação. No caso de não existir consentimento na doação, vem o n.º7 prever que os embriões sejam descongelados e eliminados, ato que não é punível pelo Direito Penal. A fim de analisarmos as restantes duas opções, é necessário

⁵⁹A criopreservação era uma finalidade consentânea a todos os projetos de lei apresentados pelos Partidos Políticos em 2005, sendo que o único ponto de divergência era o seu prazo máximo.

⁶⁰A doação, antes do aparecimento da Lei da P.M.A em 2006, era vista como admissível por todos os partidos e pela própria A.P.B, dado que era uma forma de respeitar a dignidade do embrião e ser uma finalidade do seu interesse. A APB classifica até esta doação como uma nova forma de adoção, adoção embrionária. In ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE BIOÉTICA - **Relatório/Parecer n.º P/03/APB/05 sobre Procriação Medicamente Assistida**. Op. cit., p. 20.

⁶¹ASCENSÃO, José Oliveira de - A Lei n.º 32/2006, sobre procriação medicamente assistida. Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa: Ordem dos Advogados. ISSN 0870-8118. 3:67 (2007), pp. 989.

debruçarmo-nos sobre as abordagens do embrião e as formas como este é visto, o que culmina na sua proteção ou não.

Por último, o embrião pode ainda ser utilizado para fins de investigação específica⁶². Se, por um lado, proporciona vantagens relativamente ao controlo da transmissão de doenças e anomalias, dado que estas muitas vezes apenas podem ser detetadas utilizando-se estes embriões, por outro trata-te de um conceito extremamente vago, não definindo aquilo que a investigação científica comporta. Tal resulta na possibilidade de, ao abrigo deste conceito, se poder fazer praticamente tudo, sem se especificar inclusive qual o número de embriões a ser utilizado. Sobre isto defende Oliveira de Ascensão⁶³ que “Entregar um embrião, uma vida nova e autónoma, para ser aniquilada, mesmo que para fins de investigação científica, é muito grave. Nem os progenitores o podem doar, pois como dissemos estes são representantes do nascituro e a representação faz-se no interesse do representado: nunca se poderá pretender que o interesse do embrião é ser suprimido”.

Pelo contrário, entende o Tribunal Constitucional⁶⁴ que a investigação científica irá incidir sobre embriões que ainda não foram implantados no útero da mulher, pelo que não se colocam aqui em causa questões relacionadas com o direito à vida ou direitos de personalidade. Não obstante, no caso de existir essa implantação e a gestação ser viável, podendo assim originar uma vida humana planeada pelo casal, aí sim teríamos que atender à proteção do embrião, a qual já se encontra prevista no artigo 9º da Lei da P.M.A.

O principal argumento que pode ser visto como favorável para a utilização dos embriões na investigação científica é o do mal menor, ou seja, como iriam destruir-se de qualquer forma, pelo menos deste modo seriam úteis à ciência. Somos da opinião de Oliveira de Ascensão⁶⁵, quando afirma

⁶²Para analisarmos esta situação, importa primeiro atentar às diferentes interpretações e formas como o embrião é visto. Se se partir do princípio que o embrião é um ser humano, não se pode admitir que sejam criados embriões especificamente para a investigação científica, violando-se o princípio da dignidade humana. Pensamento contrário verifica-se no caso de se ver o embrião apenas como um produto biológico. Partilhamos da perspetiva da A.P.B segundo a qual o embrião deve ser visto como uma pessoa desde o momento da fertilização, motivo pelo qual deve ser protegido. Por essa mesma razão os embriões não podem ou não devem ser comercializados ou industrializados. A criação de embriões com a finalidade exclusiva de investigação científica é proibida nos termos do 18º n.º 2 da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, assinada por Portugal em 1997.

⁶³ASCENSÃO, José Oliveira de - A Lei n.º 32/2006, sobre procriação medicamente assistida, op. cit, p. 994.

⁶⁴ACÓRDÃO do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, op. cit.

⁶⁵ASCENSÃO, José Oliveira de - A Lei n.º 32/2006, sobre procriação medicamente assistida, op. cit, p. 995.

que “Ocorrendo tantas situações de abandono de crianças que carecem de um lar e permitindo expandir uma dedicação desinteressada em que o outro está em primeiro lugar, a adoção tem maior valia ética que a procriação heteróloga, porque não participa dos desvios éticos em que esta incorre”. Assim, a solução ideal seria mesmo recorrer a outras soluções como a adoção mas, a utilizarem-se estes métodos e não sendo possível controlar o número de embriões criado de forma a evitar também gestações múltiplas e prematuridade, cremos que a solução mais digna para o novo ser e que melhor representaria o seu interesse seria a sua doação, em detrimento da aniquilação.

1.3.5. Outras técnicas

Além da inseminação artificial e da F.I.V., existem outras técnicas de P.M.A não tão conhecidas e utilizadas, as quais iremos descrever de forma generalizada. A injeção intracitoplasmática de espermatozoides é considerada uma modalidade da F.I.V, sendo que a sua principal característica é a manipulação do ato de fecundação⁶⁶. Por sua vez, na transferência de embriões, gâmetas ou zigotos, a fecundação dá-se nas trompas de Falópio da mulher gestante, para onde são transferidos quer os ovócitos quer os espermatozoides, ocorrendo normalmente o processo de fecundação⁶⁷. No que diz respeito ao Diagnóstico genético pré-implantação, aplicado em Portugal pela primeira vez em 1998, este tem como propósito identificar os embriões que não possuem anomalias graves, que são saudáveis, para se poder operar a transferência para a mulher, nos termos do artigo 28º da Lei da P.M.A.

Serão aplicáveis a pessoas cujas famílias tenham alterações que causam morte precoce ou doença grave, existindo o risco de transmissão. Para o grupo de Deputados que veio suscitar a inconstitucionalidade material da norma que rege esta técnica, o “...diagnóstico se destina à produção de seres humanos selecionados segundo qualidades pré-estabelecidas, constituindo uma manipulação

⁶⁶“Aqui o espermatozoide irá ser injetado no ovócito através do controlo microscópico. A transferência do embrião ocorre de 2 a 5 dias depois (nidação), sendo a técnica mais adequada quando o objetivo é a realização do Diagnóstico Genético Pré-Implantação. Foi aplicada pela primeira vez no nosso país em 1995 por uma equipa liderada pelo Prof. Dr. Alberto Barros. É a técnica mais recente e complexa, sendo sobretudo utilizada em casos de infertilidade masculina graves. Ver Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida [Em linha] [Consult. 19/01/2017]. Disponível em WWW: URL:http://www.cnP.M.A.org.pt/cidadaos_P.M.A.aspx.

⁶⁷“Existe uma etapa laboratorial prévia, sendo que em qualquer destes procedimentos, a transferência opera-se através de uma cirurgia - celioscopia ou laparoscopia - e a colheita é efetuada geralmente pela via vaginal. A primeira vez que foi aplicada em Portugal foi em 1986 nos Hospitais da Universidade de Coimbra, por uma equipa encabeçada pelo Prof. Dr. Agostinho Almeida Santos. Ver a página online do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida [Em linha] [Consult. 19/01/2017]. Disponível na Internet em WWW: URL:http://www.cnP.M.A.org.pt/cidadaos_P.M.A.aspx.

contrária à dignidade, integridade e identidade única e irrepetível do ser humano, violadora dos artigos 25.º, 26.º, 67.º e 68.º da Lei Fundamental”⁶⁸. Ora, tal não veio a ser entendido pelo Tribunal Constitucional, por considerar ter uma finalidade terapêutica. Também no parecer do C.N.E.C.V⁶⁹, a entidade afirma que esta técnica não viola princípios éticos fundamentais, entende que acaba por prevenir o aborto precoce e evitar malformações e problemas graves de saúde, além de não levantar riscos para a saúde futura no nascituro. Invoca-se aqui o “princípio da utilidade negativa”, o de evitar uma doença grave. No entanto, pode implicar a destruição de embriões, no caso de se vir a encontrar essas anomalias.

1.4. Gestação de substituição

A lei da P.M.A define a gestação de substituição no seu artigo 8º como “...qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade”, sendo que nem sempre foi esta a sua designação. Em 2012, a pedido da Assembleia da República, foi elaborado um parecer do C.N.E.C.V referente a dois projetos apresentados pelos partidos P.S e P.S.D, sendo que seria a primeira vez que o C.N.E.C.V se iria pronunciar sobre a gestação de substituição depois da aprovação da Lei da P.M.A. Uma das questões abordadas neste parecer foi a substituição da expressão “maternidade de substituição”, a qual, entendia-se, aceitava tacitamente a separação entre maternidade biológica, social e jurídica.

Deveria, assim, ser alterada para “gestação de substituição”, designação esta que, de acordo com o relatório, “traduzem as realidades objetivas que medeiam o processo que pode decorrer entre a transferência/implantação uterina do embrião humano e eventual parto no fim da gravidez evolutiva”⁷⁰.

Nos primeiros projetos de lei que se debruçaram sobre esta matéria, a gestação de substituição era proibida, sendo que todos os contratos - gratuitos ou onerosos - eram considerados nulos. Atribuía-

⁶⁸ACÓRDÃO do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, Op. cit.

⁶⁹Sobre esta matéria consultar CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA - *Parecer sobre Diagnóstico Genético Pré-Implantação* [Em linha]. [s.l.], 2007. [Consult. 20/01/2017]. Disponível em WWW: <URL: http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273054175_P051_ParecerDGPI.pdf>.

⁷⁰CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA - **Parecer n.º 63 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida - Procriação Medicamente Assistida e Gestação de Substituição**. [Em linha]. Lisboa: [s.n.], 2012. Disponível na Internet em <URL: <http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1333387220-parecer-63-cneqv-2012-apr.pdf>> p. 8.

se a maternidade à mãe gestante, ainda que esta não tivesse doado o seu material genético e existiam dois grandes argumentos contra esta prática. Primeiramente, caso se celebrasse um contrato oneroso, ainda que fosse proibido, significaria que se estaria a atribuir um preço a uma criança, comercializando-a. Por este motivo, poderíamos logo enquadrar esta situação no artigo 280º do C.C., dado estarmos perante um objeto contrário à ordem pública e ofensiva dos bons costumes, pelo que o negócio seria desde logo nulo. Além do mais, a mãe gestante estaria a entregar uma criança, renunciando assim a um direito, o que é contrário ao estipulado no artigo 1882º C.C., segundo o qual os pais não podem renunciar aos direitos que lhe são conferidos nem às responsabilidades parentais.

De acordo com Ana Brito de Goes⁷¹, “Até mesmo nas situações em que o gesto da mãe de substituição é gratuito, desinteressado e livremente consentido, (o que é praticamente impossível de verificar), o que à primeira vista se configura como um conflito de direitos de igual valor, entre autonomia e dignidade, acaba por não o ser verdadeiramente. O respeito pela dignidade humana é um direito indisponível, até para a própria pessoa, pelo que havendo lugar a uma instrumentalização do corpo da mulher...o direito à autonomia não pode prevalecer”.

Atualmente, e com as alterações introduzidas pela Lei n.º 25/2016 de 22 de agosto e o Decreto Regulamentar n.º 6/2017 de 31 de julho, prevê a lei que se possa celebrar excecionalmente negócios jurídicos, desde que com natureza gratuita e nos casos de ausência de útero, de lesão ou doença, de tal forma que seja absolutamente e definitivamente impossível a gravidez da mulher. Tem que ser autorizada através de uma técnica de P.M.A onde se recorra às gâmetas de pelo menos um dos membros do casal, sendo que a mãe gestante não poderá ser dadora. É necessária uma autorização prévia do C.N.P.M.A e a audição da Ordem dos Médicos, que irá emitir um parecer. Não pode existir qualquer pagamento, doação de bens ou quantias monetárias neste método, sendo que as únicas despesas que serão participadas são as resultantes do acompanhamento da gravidez e despesas de deslocação.

Embora seja proibido qualquer tipo de pagamento, a verdade é que é muito difícil controlar isto e aferir se existiram ou não pagamentos, pelo que é algo que dificilmente estará ao alcance das entidades interventivas nesta área.

⁷¹GOES, Ana Brito de – Um filho é inútil – reflexão ética sobre a maternidade de substituição. Revista Portuguesa de Bioética. Porto: Centro de Estudos de Bioética. ISSN 1646-8082, 21: 10 (Dezembro de 2014), p. 52.

No que diz respeito ao Decreto Regulamentar n.º 6/2017 de 31 de julho, que veio regulamentar a Lei n.º 25/2016 de 22 de agosto, além deste reiterar, desde logo no seu preâmbulo, aquilo que é referido nesta Lei, que apenas é possível recorrer à gestação de substituição em situações excecionais e com requisitos de admissão restritos, veio introduzir alguns esclarecimentos. Assim, a gestação de substituição será regida por um verdadeiro contrato-tipo, o qual será disponibilizado online mas ao qual podem ser acrescentadas algumas cláusulas, conforme estipulado no artigo 3º. Para que o mesmo possa ser aprovado, é necessária uma autorização prévia do C.N.P.M.A, a qual será solicitada através de um pedido online no respetivo site, conforme artigo 2º. O C.N.P.M.A pode deferir ou rejeitar esse pedido, tendo um prazo máximo de 60 dias para solicitar um parecer à Ordem dos Médicos, o qual não tem carácter vinculativo. Também no prazo de 60 dias deve a Ordem dos Médicos responder, sendo que o C.N.P.M.A decide da autorização ou rejeição 60 dias depois contados da receção desse parecer. Ou seja, podem decorrer cerca de 6 meses após o pedido até que o casal tenha uma resposta e só depois pode celebrar o contrato. ‘

É de realçar que, como disposto no 4º do Decreto Regulamentar *supra* mencionado, o consentimento quer da gestante quer do casal é livremente revogável até ao início do processo e que o parto é considerado como sendo da mulher do casal beneficiário, tendo esta direito a licença parental. No caso da gestante, será aplicável o regime da interrupção de gravidez no que diz respeito à proteção da parentalidade. Caso exista malformação do feto, aplica-se a lei da interrupção voluntária da gravidez, ou seja, o consentimento para a interrupção terá que ser prestado pela mãe gestante, cabendo-lhe a decisão. Não restringe a nacionalidade na aplicação da técnica, pelo que os casais de beneficiários podem ser estrangeiros, bem como a própria gestante. Os homens homossexuais são deixados de fora, bem como aqueles que pretendiam recorrer a esta prática apenas como opção de vida, como é o caso mediático do jogador de futebol Cristiano Ronaldo.

São várias as questões neste âmbito que merecem o nosso destaque. Primeiramente, cumpre analisar a possibilidade de se tratar ou não de uma verdadeira técnica de P.M.A ou uma modalidade diferente, sendo que tendemos para esta última hipótese, até pela forma diferenciada das restantes técnicas com que a gestação de substituição foi tratada ao longo do diploma. O C.N.E.C.V caracteriza-a como uma técnica laboratorial equivalente ou subsidiária às restantes. Para Vera Lúcio Raposo⁷², é

⁷²RAPOSO, Vera Lúcio - Direitos Reprodutivos. Op. cit., p. 118.

uma “modalidade de reprodução assistida”, muitas vezes associada à inseminação artificial. Afirma que não é exatamente uma técnica de reprodução assistida, pois todo o processo se pode desenvolver sem que exista necessidade de recorrer à ciência médica, ou seja, a mãe de substituição pode engravidar por força do ato sexual.

Uma das questões que Vera Lúcio Raposo também coloca é da vantagem destas vias face à adoção, dado que a gestação de substituição parece ser mais procurada do que a adoção, pois permite ao casal ter um filho biológico, relação essa que desaparece na adoção. Entendemos que se o argumento utilizado para recorrer a estas técnicas de reprodução assistida, utilizadas em situações de infertilidade, é o do vínculo biológico ao casal beneficiário - vínculo esse que, como já verificamos, muitas vezes nem existe porque tanto o material genético do homem como da mulher podem ser doados - não pode existir um critério que faz pender mais a procura por estas técnicas e pela gestação de substituição do que a adoção.

É de salientar ainda que estamos perante uma renúncia ao exercício de responsabilidades parentais e ao estatuto de mãe, o que poderá ser visto como um atentado aos direitos, liberdades e garantias. A sanção prevista, caso não se cumpra o estipulado, é a de nulidade do negócio jurídico. O problema é que, entretanto, a criança já nasceu. Como afirma João Álvaro Dias⁷³, “A nova criatura é um mero instrumento: de ganância económica para uns; de satisfação afetiva, para outros. De permeio está a equipa médica que, de alguma maneira, consente e torna possível uma e outra coisa”.

Por este motivo, foram alguns os casos em que a comumente designada “barriga de aluguer” acabou por não entregar a criança⁷⁴. A lei acabou por esclarecer esta dúvida, afirmando que apenas

⁷³DIAS, João Álvaro, **Procriação assistida e Responsabilidade Médica**, op. cit., p. 91.

⁷⁴Um destes casos foi o *Re. P. (minors) v. Wardship: surrogacy*, 12 de março de 1987 que diz respeito a uma gestação de substituição de gémeos concebidos através de inseminação artificial, sendo o esperma dado pelo homem do casal beneficiário. O pai natural propôs-se pagar uma determinada quantia a fim de poder ficar posteriormente com as crianças. A mãe gestante acabou por recusar entregar as crianças, pedindo que estas lhe fossem entregues a ela. A decisão do Tribunal sobrepôs-se ao acordo efetuado, entregando as crianças à mãe com quem estavam a residir até à data, tendo o órgão entendido que a principal preocupação era o bem-estar delas e que estariam em melhores condições com a sua mãe natural. O caso *Baby M.* foi o primeiro caso discutido neste âmbito no Tribunal. Um casal acordou com uma mulher - que encontraram através do anúncio num jornal - que esta seria inseminada com o esperma do homem do casal beneficiário. Posteriormente esta mãe de gestação iria renunciar às suas responsabilidades parentais a favor da mulher do casal. No entanto, após o nascimento, ela decidiu ficar com a criança, tendo o casal processado a mulher e reclamando para si os direitos legais sobre a criança. O Tribunal de New Jersey decidiu pela invalidade do contrato de gestação, reconheceu a filiação da mãe gestante e ordenou ao Tribunal de Família que determinasse a paternidade do pai - o homem do casal - de forma a atender ao superior interesse da criança, tendo sido

será permitido este método quando associado a uma técnica de P.M.A. Caso contrário, não tendo o casal participado com gâmetas, desaparece o vínculo biológico. Além disso, esta doação - tem de se tratar de um negócio gratuito - pode não ser bem uma doação, facilmente se transformando numa troca comercial, num contrato oneroso, abrindo-se caminho para um verdadeiro mercado nesta área, onde as mulheres dispõem da sua condição de mãe, sendo apenas produtoras de bebés, e transferindo esse direito para outras, fazendo disto a sua fonte de rendimento.

Em Inglaterra, por exemplo, deu-se o aparecimento de verdadeiras agências de comércio relativamente a este tipo de gestação, o que acabou por dar origem ao *Surrogacy Arrangements Act de 1985*, criado sobretudo para impedir o crescimento destas práticas, embora não as tenha penalizado criminalmente. O diploma penalizava sim qualquer tipo de publicidade relativa a estes acordos, única matéria em que existia esta responsabilidade criminal imputada ao casal ou à mãe de gestação. Atualmente em Inglaterra não são permitidos acordos cujo objeto seja a vida humana ou em que exista uma renúncia à integridade física ou responsabilidades parentais. Também em Espanha, o artigo 10º da Lei 14/2006 de 26 de maio «Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida»⁷⁵ prevê a nulidade do um contrato de gestação onde exista uma mulher a renunciar à filiação materna, transmitindo-a a um casal ou terceiro, seja através de contrato gratuito ou oneroso. Não só estabelece a nulidade do contrato como vai mais longe e afirma que o estabelecimento da filiação será aferido através do parto, ou seja, mãe jurídica será a mãe biológica, ressaltando a possibilidade de uma ação de investigação quanto à paternidade⁷⁶. Isto porque entendem que tal contrato teria como objeto realidades que não podem ser comercializadas, nomeadamente a maternidade e a filiação.

Um dos problemas que daqui advém é também o facto de existirem soluções tão diversas entre os países que levam a que as pessoas possam circular e fazer isto noutro local, fazendo com que o país nacional perca o controlo sobre estes aspetos. O direito de livremente dispormos do nosso corpo não

regulados os seus direitos de visita. A história pode ser consultada na página online do New York Times, disponível na Internet em URL: <<https://www.nytimes.com/2014/03/24/us/baby-m-and-the-question-of-surrogate-motherhood.html>>[Consult. 5/10/2017].

⁷⁵Cfr. Ley Núm. 14/2006, de 26 de Mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida [Em linha] [Consult. 5/01/2017]. Disponível em WWW: URL:<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2292/21.pdf>.

⁷⁶Cfr. «Artículo 10 Gestación por sustitución» da Ley Núm. 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, segundo o qual "1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales."

deve contender com alguns dos mais básicos direitos da humanidade e sociedade, designadamente o da coisificação da pessoa: quer se trate ou não de um negócio oneroso, está-se a doar uma pessoa, ainda que sob a forma de embrião/nascituro. Acresce que, no nosso entendimento, a nulidade do contrato não é uma consequência suficiente para dissuadir à sua celebração nos casos em que seja celebrado fora do previsto, dado que a criança nasce na mesma. Cumpre averiguar se a responsabilidade criminal teria aqui o efeito pretendido, o que vamos analisar mais à frente.

Assim, estamos perante uma mãe geradora que se obriga, por um contrato, a renunciar ao estatuto de mãe e a ceder o filho à outra parte do negócio. Fazendo-se uma aplicação analógica do instituto da adoção, na medida em que os interesses são semelhantes, quis-se também aqui garantir que o consentimento era prestado de forma consciente, pelo que “...é legítimo concluir que, à face do nosso ordenamento jurídico, uma renúncia antecipada ao estado jurídico de mãe não é válida, não obriga civilmente a pessoa que a praticou”⁷⁷. De acordo com o estipulado no artigo 1982º C.C, a mãe não pode dar o seu consentimento para a adoção antes de decorridas 6 semanas após o parto, devendo o mesmo ser um consentimento esclarecido, até porque depois de dado, será irrevogável. Assim, o consentimento da mãe gestante deve ser dado em plena consciência pois, como afirma Guilherme de Oliveira⁷⁸, “Se o legislador teve este cuidado relativamente à mulher que cede um filho para adoção, nunca poderia considerar-se válido o consentimento que a mãe geradora prestou antes do nascimento, provavelmente antes do próprio início da gravidez”.

Existem várias questões éticas ligadas à gestação de substituição, nomeadamente questões que contendem com os direitos da mãe gestante como o respeito pela sua dignidade, a instrumentalização do seu corpo, a quebra de ligação que criou com o feto durante aqueles 9 meses e direitos que contendem também com a criança. O corpo da mulher e as suas capacidades reprodutivas podem ser vistas como um bem que é comercializável, podendo até ocorrer exploração no caso de mulheres mais vulneráveis. Se por um lado o Estado deve proporcionar as ferramentas necessárias para que cada pessoa possa exercer o seu direito a constituir família, há que atender que esse direito, essa vontade individual, não só não se pode sobrepor a outros direitos de maior relevo como ao interesse mais relevante em causa, o superior interesse do novo ser.

⁷⁷DIAS, João Álvaro, **Procriação assistida e Responsabilidade Médica**, op. cit., p. 95.

⁷⁸OLIVEIRA, Guilherme de - Aspectos jurídicos da Procriação Assistida, op. cit., p. 790.

De acordo com o C.N.P.M.A, atualmente estima-se que já tenham nascido mais de 3 milhões de crianças através destes métodos, sendo que em alguns países a percentagem atinge valores ainda mais relevantes. No que diz respeito a Portugal, refere ainda este Conselho⁷⁹ “Como é possível objetivar com a análise dos resultados europeus publicados anualmente, Portugal encontra-se num patamar técnico-científico semelhante ao dos países mais desenvolvidos. Tal deveu-se não só ao empenhamento e qualidade dos pioneiros da P.M.A mas também ao bom desempenho de grupos de profissionais de várias áreas clínicas e não clínicas”. Segundo os últimos dados estatísticos na área, em 2005 o número de crianças nascidas em Portugal através destas técnicas era de 0,9%. Embora seja uma percentagem bastante diminuta relativamente a alguns países onde se verifica valores como o de 5%, a verdade é que esta percentagem tem aumentado no nosso país e tem tido um relevo significativo.

O primeiro pedido de autorização prévia para celebrar um contrato de gestação de substituição já deu entrada no C.N.P.M.A no dia 7 de agosto de 2017, via e-mail. De acordo com o parecer que este Conselho enviou à comunicação social, o pedido “será objeto da decisão liminar na reunião do Conselho agendada para 8 de setembro de 2017” e “tanto os membros do casal beneficiário como a gestante são de nacionalidade portuguesa e residem em Portugal”⁸⁰.

Depois desta breve análise das técnicas de reprodução assistida e os seus efeitos, podemos concluir que embora estas sejam inovadoras, o direito a constituir família e a fertilidade da mulher são assuntos que sempre foram transversais a todas as gerações. A verdade é que a sociedade não se encontra vinculada a dar um filho a todos os casais que sejam inférteis, deve sim proporcionar os meios adequados para que o possam vir a concretizar, não se encontrando, todavia, obrigada a um resultado. Existe um direito ao filho no sentido em que se pode recorrer à P.M.A, atendendo aos seus limites e dentro da autonomia reprodutiva de cada um, mas os casos de procriação assistida por mera conveniência, por exemplo, ultrapassariam, a nosso ver, essa autonomia reprodutiva, não devendo ser admitidos pela regra constitucional.

⁷⁹Ver Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida [Em linha] [Consult. 19/01/2017]. Disponível em WWW: URL:http://www.cnP.M.A.org.pt/cidadaos_P.M.A.aspx.

⁸⁰Disponível na página online do Jornal o Observador, em <URL: <http://observador.pt/2017/08/08/ja-deu-entrada-o-primeiro-pedido-para-recorrer-a-barriga-de-aluguer/>> [Consult. 18/08/2017].

CAPÍTULO II – OS DIREITOS INERENTES À PRÁTICA DA P.M.A

2.1 . A Intervenção do Direito Penal: os direitos e bens jurídicos que a legitimam

Como temos vindo a referir, a P.M.A pode facilmente contender com valores morais e éticos, até porque estamos a falar da manipulação da vida humana. E é também regulada por várias áreas, daí que possam surgir conflitos, sendo que nos iremos debruçar agora sobre a intervenção do Direito Penal neste âmbito. Sabemos todos que o Direito Penal nem sempre intervém em todas as situações, ainda que estejam em causa direitos constitucionalmente consagrados⁸¹. É, portanto, necessário que se encontrem preenchidas algumas condições para que este atue. Não obstante, antes que as refiramos e analisemos, cabe averiguar quais os direitos que se encontram em causa no âmbito da P.M.A e que podem entrar em conflito quanto esta é acionada, até porque, nas palavras de Faria Costa⁸², “O direito penal, porque ligado à protecção de valores considerados essenciais em um determinado viver comunitário histórico-socialmente enquadrado, encontra-se inextricavelmente ligado à regulação normativa dos mais variados aspectos desse mesmo viver comunitário”.

Os direitos de personalidade são aqueles que exprimem o conteúdo mínimo do indivíduo e que, nas palavras de Paulo Mota Pinto⁸³, dizem respeito a “um conjunto de direitos subjetivos que incidem sobre a própria pessoa ou sobre alguns fundamentais modos de ser, físicos ou morais, dessa personalidade, e que inerem, portanto, à pessoa humana – são direitos das pessoas que tutelam bens ou interesses da sua própria personalidade”. É exatamente por este motivo, incidente no facto de servirem o propósito de caracterizar a pessoa, que estes direitos se constituem como essenciais, necessitando, consequentemente, de tutela jurídica. São igualmente direitos gerais, porque inerentes a todos os seres humanos, e absolutos, na medida em que se encontram ligados a um dever jurídico, ou seja, existe uma obrigação universal de os respeitar.

⁸¹Neste sentido afirma Faria da Costa, segundo o qual “O que o mesmo é dizer: o direito penal é o último reduto de protecção do viver comunitário regulado por outras regiões do direito, como sejam o direito civil, o direito administrativo, o direito internacional, etc. Neste sentido, o direito penal terá sempre de apresentar conexões com outras regiões do direito, pois constitui, repete-se, nesta perspectiva, o último passo do percurso normativo”. In COSTA, José de Faria - **Noções fundamentais de Direito Penal**, op. cit., p. 59.

⁸²COSTA, José de Faria, *idem* *ibidem*, p. 59.

⁸³PINTO, Paulo Mota - O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. Boletim da Faculdade de Direito. Vol. 64. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. ISSN 0303-9773. (1993). P. 482

Existeo direito geral de personalidade e existem direitos que comportam uma dimensão específica. O direito geral, além de ser protegido constitucionalmente nas suas várias vertentes, é tutelado pelo nosso C.C. no seu artigo 70º, onde se pode ler, no seu n.º1, que “A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”. Ele permite que, com a evolução da sociedade, se abranjam novos direitos e bens que necessitam de ser tutelados, reconhecendo sempre que, a par destes, existem bens específicos que necessitam de uma tutela específica. No que diz respeito aos direitos especiais de personalidade, estes consistem, entre outros, no direito à vida, à integridade física, à saúde, à liberdade física e moral, à honra, ao nome, à identidade pessoal e o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada⁸⁴.

Estes direitos tutelam aspetos da personalidade em concreto e cuja proteção e limites é dada pelo regime particular de cada direito. Os primeiros direitos⁸⁵ a aparecer foram os direitos, liberdades e garantias, os quais comportam uma dimensão de não intervenção por parte do Estado, devendo aqui o indivíduo exercer a sua liberdade e autonomia privada. Seguiram-se os direitos económicos, sociais e culturais, os quais revelam a face do Estado enquanto *Welfare State* ou Estado Providência. Significa isto que o Estado deve aqui atuar no sentido de providenciar as condições necessárias ao cidadão, tendo portanto um dever de *facere*⁸⁶. Mais tarde, surgiu um conjunto de direitos que não se enquadram em nenhuma destas categorias, tais como o direito ao ambiente, o direito à paz e à autodeterminação das minorias⁸⁷.

Estes direitos de personalidade são de tal forma essenciais e inerentes à pessoa humana que, sem eles, ela não existia tal como a conhecemos no seu pleno. São influenciáveis pelo meio e contexto onde se inserem e além de serem direitos essenciais, são indissolúveis, no sentido em que não se consegue dissociar a personalidade jurídica da humana, o que implica que sejam também irrenunciáveis e indisponíveis. Precisamente por se tratar de uma temática ligada à pessoa, à sua intimidade e

⁸⁴Para um desenvolvimento destes direitos ver NETO, Abílio - **Código Civil Anotado**, 18ª edição revista e actualizada, 2013, Lisboa: Edições Jurídicas Lda, ISBN 9789898438065, p. 54 ss.

⁸⁵Para uma melhor análise sobre os tipos de direitos fundamentais e a sua força jurídica ver NABAIS, José Casalta - **Por uma liberdade com responsabilidade – estudos sobre direitos e deveres fundamentais**, op. cit., p. 61 ss.

⁸⁶José Casalta Nabais define estes direitos como “direitos a prestações estaduais, direitos que carecem de uma concretização política a realizar pelo legislador mediante opções políticas dentro de um quadro limitado de meios financeiros e materiais”. In NABAIS, José Casalta, idem ibidem, p. 18.

⁸⁷RAPOSO, Vera Lúcio - **Direitos Reprodutivos**. Op. cit., p. 113.

integridade, João Duarte⁸⁸ coloca, desde logo, a seguinte questão: “Será que toda a pessoa, com base num alegado direito inalienável a dispor do seu próprio corpo, pode sujeitar-se a toda e qualquer prática que lhe permita ter um filho ou que outrem o tenha a instâncias suas?”. O Autor entende que não, fundamentando-se na existência de valores mais profundos que devem ser protegidos, visão essa que partilhamos.

Também os direitos relacionados com a área das ciências e medicina surgiram muito recentemente, até pela inovação das técnicas que veio implicar a colaboração de várias áreas. Dada a constante evolução das mesmas, torna-se difícil para o Direito não só acompanhá-las como regular a sua utilização. Além disso, é necessário existir um equilíbrio entre a defesa da garantia dos direitos fundamentais individuais e, simultaneamente, a defesa da sociedade e dos seus bens jurídicos. A este propósito refere Américo Taipa de Carvalho⁸⁹ “Mas, se é certo que as sociedades actuais, quer a nível nacional quer no plano internacional, não podem deixar desse defender contra estas novas e graves formas e criminalidade, a verdade, porém, é que raramente os ...bens jurídicos fundamentais (pessoais, comunitários e universais) não serão, a médio e longo prazo, efectivamente protegidos através de meios preventivos e repressivos intrinsecamente ilícitos...”.

No que diz respeito ao direito à reprodução, todos os indivíduos são titulares dele. No entanto, este só vai até onde a biologia o deixa ir e o Estado sentiu a necessidade de intervir, dado que estamos perante casos em que a ciência tenta contornar as dificuldades impostas pela biologia. O Estado pode realmente colocar alguns obstáculos, especialmente quando estes sejam fundamentais para o bem-estar dos intervenientes nas técnicas e, essencialmente, daquele que vai nascer. Esse interesse comporta sobretudo a existência de um ambiente saudável onde a criança vai nascer e está integrada, independentemente da estrutura familiar que a recebe, seja a estrutura tradicional, seja uma família monoparental. Embora estes direitos não tenham sido, na sua redação original, pensados de forma a incluir a P.M.A, a verdade é que, dada a crescente utilização e relevo da mesma, deve ser feita uma interpretação extensiva das disposições de forma a abrangê-la⁹⁰.

⁸⁸DIAS, João Álvaro, **Procriação assistida e Responsabilidade Médica**, Op. Cit., p. 132.

⁸⁹CARVALHO, Américo Taipa de - **Direito Penal, Parte Geral – Questões Fundamentais Teoria Geral do Crime**, 2ª edição reimpressão, 2014, Coimbra: Coimbra Editora, ISBN 9789723223002, p. 42 e 43.

⁹⁰Para Guilherme de Oliveira, “...a lei fundamental comporta uma interpretação favorável à admissão daqueles processos, sem prejuízo de limites importantes, cuja extensão virá a depender do alcance que for dado às normas que tutelam o direito à vida e à identidade pessoal”. In OLIVEIRA,

2.2. Os direitos previstos na Constituição da República Portuguesa – análise da tutela constitucional

2.2.1. O direito à vida – a tutela constitucional e penal

O direito à vida consiste não só no direito a nascer como no direito a viver e a não ser privado da vida, motivo pelo qual é proibida, no nosso país, a pena de morte. Analisando este direito, previsto no artigo 24º da C.R.P., à luz das técnicas de procriação assistida, constatamos que embora lhe seja inerente a criação de uma vida, quando aplicada no âmbito da P.M.A, verificamos que existem algumas situações que contendem com ela, nomeadamente o caso dos embriões excedentários na F.I.V., quer estes sejam destruídos ou utilizados com finalidades de investigação científica. Nesta técnica, o número de embriões criados pode ser superior àquele que será implementado no útero da mulher, colocando-se a questão de saber qual será o destino desses excedentes. Vimos também que existiam três opções de resposta, sendo que duas deles implicariam a morte desses embriões: a utilização na investigação científica e a sua destruição. Esta destruição pode vir a ser considerada uma violação do direito à vida, mas apenas se entendermos que o embrião já se encontra abrangido pela tutela constitucional desde o primeiro momento de fecundação, entendimento do qual partilhamos⁹¹.

Trata-se de um direito tutelado pelo Direito Penal com graus de intensidade diferente, na medida em que se pune o homicídio nos artigos 131º a 134º do C.P., o infanticídio no artigo 136º e o aborto nos artigos 140º e 141º do mesmo Código, todos com molduras penais diferentes. Mas a interrupção voluntária da gravidez, efetuada em certas condições e com o consentimento da mulher, já será permitida. Entendemos que a nossa lei penal não protege da mesma forma a vida intrauterina e a vida após o nascimento⁹². Tal está relacionado com o facto de o ser humano não ser apenas um indivíduo, mas um ser social e titular de relações, titularidade essa que a pessoa adquire, tal como a sua personalidade jurídica, quando nasce, passando a relacionar-se com o mundo à sua volta. Assim,

Guilherme de – Restrições de acesso à parentalidade. Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família. Coimbra: Coimbra Editora, ISSN: 977164 59662004. 20:10 (2013). P. 72.

⁹¹Por sentença de 25/02/1975 o Tribunal Federal Alemão reconheceu a obrigação de tutelar penalmente a vida nascitura, afirmando "a vida que se desenvolve no ventre materno constitui um bem jurídico autónomo tutelado pela Constituição. O dever de defesa que impende sobre o Estado não só lhe proíbe (ao Estado) os ataques a essa vida em desenvolvimento, como lhe impõe que se coloque como seu defensor e promotor. Este dever do Estado existe também em relação à própria mãe, porquanto a defesa do feto prevalece sobre o direito de autodeterminação da mãe durante todo o período de gravidez, não se podendo circunscrever a um qualquer prazo". In GUIMARÃES, Ana Paula - **Alguns problemas jurídico-criminais da Procriação Medicamente Assistida**, op. cit, p. 127.

⁹²Sobre a proteção do embrião in vitro no ordenamento jurídico português ver RAPOSO, Vera Lúcio – Embriões, investigação embrionária e células estaminais. Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Coimbra: Coimbra Editora, ISSN: 1646-0359, 18:9 (2012). P. 47.

atentar contra a vida depois do nascimento seria atentar não apenas contra si, individualmente, mas contra todas as relações sociais e familiares que entretanto estabeleceu.

Sobre esta problemática o Tribunal Constitucional veio afirmar, no seu Acórdão n.º 25/84, “...que se pode e deve concluir que também essa vida humana intrauterina está abrangida nesses preceitos e princípios que lhes subjazem. O que daí não resultará é a conclusão de que, então, se impõe ao direito, penal ou civil, tutelar essa vida, como veremos adiante”, ou seja, a vida intrauterina também é um bem que deve ser constitucionalmente protegido, o que não significa necessariamente que essa proteção deva ser efetuada com recurso ao Direito Penal ou que, não estando tutelada penalmente, não se encontra protegida. Se o bem jurídico que se visa proteger for tutelado por outra ordem não há necessidade de uma intervenção penal e muito menos existe uma imposição da sua criminalização. E acrescenta, “Embora a vida humana intrauterina do nascituro e a da mãe pareçam, *prima facie*, ter o dever ter o mesmo «conteúdo essencial» — tanto que se afirma do lado da ciência não haver nenhuma diferença qualitativa entre uma e outra — não podemos, porém, esquecer que para o direito pode não ser assim, estando a ciência jurídica ainda longe de uma plena equiparação, não obstante alguns progressos que lentamente vão sendo alcançados... E, assim, o conflito dos dois bens ou valores pode ter uma solução diferente daquela que teria se o conflito se desenhasse após o nascimento. Para o demonstrar basta a tradição jurídica nacional que, como é sabido, nunca equiparou o aborto ao homicídio. As concepções sociais dominantes são também no mesmo sentido”⁹³.

Assim, o legislador penal, de todos os bens jurídicos tutelados constitucionalmente, vai seleccionar a matéria que será objeto de criminalização, tendo como referência a C.R.P. O facto de lhe assistir liberdade não significa que não seja na Constituição que irá encontrar o seu critério orientador, motivo pelo qual também nos socorremos dos direitos aí previstos para estabelecermos uma ligação entre os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal, que deve funcionar sempre com o propósito de salvaguarda de determinados direitos ou interesses previstos. É, como já referimos, da C.R.P., enquanto quadro de referência, que iremos retirar os valores que a ordem jurídico-penal irá proteger, o que não significa que exista uma coincidência entre todos os valores tutelados pela ordem constitucional e pela penal.

⁹³ACÓRDÃO do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, op. cit.

De acordo com Figueiredo Dias⁹⁴, a relação entre o Direito Penal e o Direito Constitucional é uma das temáticas mais controversas e complexas da área, acaba por referir que existe uma relação de dependência do direito penal em relação ao constitucional e, ao mesmo tempo, uma autonomização, na medida em que “... a função do direito penal radica na protecção das condições indispensáveis da vida comunitária (e, neste sentido, a sua função é em verdade subsidiária, fragmentária e, hoc sensu, “acessória”), cumpre-lhe seleccionar, dentre os comportamentos em geral ilícitos, aqueles que, de uma perspectiva teleológica, representam um ilícito geral digno de uma sanção de natureza criminal”. Figueiredo Dias⁹⁵ fala inclusive de um princípio da referência constitucional, que não se encontra consagrado nos textos, mas que deve ser tido em conta porque, como refere, é dele que “decorre justamente a exigência da necessidade e subsidiariedade da intervenção jurídico penal”.

Aceitar que devia existir uma criminalização obrigatória dos valores protegidos constitucionalmente seria aceitar que apenas estes podem ser tutelados pela ordem jurídico-penal e a verdade é que atualmente existem novos valores ou novas formas de concepção dos valores já existentes, os quais necessitam também de ser protegidos, não obstante poderem não estar expressamente consagrados na Constituição. Assim, deve existir um equilíbrio e harmonia entre os dois sistemas, atendendo sempre ao facto de que o Direito Penal é apenas um dos instrumentos ou um dos ramos do Direito que irá proteger os bens jurídicos fundamentais das agressões que comportam uma certa gravidade, tendo sempre em vista as finalidades de prevenção, quer geral quer especial⁹⁶.

2.2.2. O direito à integridade física

O direito à integridade física, previsto no artigo 25º da C.R.P. é um direito do qual todas as pessoas são titulares, consistindo num direito a não sofrer alterações negativas na nossa integridade, quer física

⁹⁴DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal Português – as consequências jurídicas do crime**, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, ISBN 9723212870, p. 16.

⁹⁵DIAS, Jorge de Figueiredo, *idem ibidem*, p. 76.

⁹⁶A prevenção tem como objeto o próprio infrator e a comunidade. De acordo com Taipa de Carvalho, por um lado o Direito Penal prossegue a prevenção especial, que tanto se pode traduzir na “ressocialização do delinquent, traduzida pela prevenção especial positiva, e dissuasão da prática de futuros crimes, traduzida pela designação prevenção especial negativa”. Por outro lado, existe a prevenção geral positiva ou de integração, a qual “significa que a pena é um meio de interpelar, a sociedade e cada um dos seus membros, para a relevância social e individual do respectivo bem jurídico tutelado penalmente; por outras palavras, a pena serve a função positiva de interiorização ou aprofundamento dessa interiorização dos bens jurídico-penais”. In CARVALHO, Américo Taipa de - **Direito Penal, Parte Geral – Questões Fundamentais Teoria Geral do Crime**, op. cit., pp. 63 a 65. Ainda sobre a pena como instrumento de prevenção geral e especial, ver DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal Português – as consequências jurídicas do crime**, op. cit., p. 50 ss.

quer psíquica. É um direito à saúde, o qual é tutelado constitucional, civil e penalmente, sendo que neste último caso se exige dolo ou culpa para que possa vir a integrar o tipo de crime. A integridade não é apenas física, mas também moral ou psíquica, tratando-se de um direito parcialmente disponível através do consentimento do seu titular⁹⁷. No âmbito da P.M.A, e sobretudo no que concerne ao ser que irá nascer, ainda que estejamos na fase embrionária, este direito continua a ser válido na medida em que existe um direito a nascer com todas as plenas capacidades e todas as condições necessárias para um pleno desenvolvimento de cada um. Neste sentido pugnam Jorge Miranda e Rui Medeiros⁹⁸, afirmando que “O direito à integridade pessoal abrangerá, desde logo, pessoas nascidas poderá estender-se, também, a nascituros... sendo, por isso, quanto a estes últimos de assegurar constitucionalmente, desde logo, além do direito à integridade moral, tutela da integridade física contra comportamentos que causem danos ao seu corpo e à sua saúde durante o período de gestação intra-uterina, com excepção óbvia daqueles que correspondam à prática lícita de interrupção voluntária da gravidez”.

No que diz respeito ao C.P., o Capítulo III tem como epígrafe “Dos crimes contra a integridade física”, embora sejam vários os bens jurídicos aqui tutelados, desde a integridade psíquica e moral à saúde. Uma das questões que se coloca, no âmbito do estudo em análise, é a de saber até que ponto a P.M.A pode violar a integridade física dos seus intervenientes. Isto porque, se é essencial o consentimento para que exista esta disponibilidade parcial e o embrião não é capaz de o dar, o que acontece se a sua integridade física for violada? Não falamos aqui apenas da integridade física de quem vai doar o seu material genético ou de quem vai ser o beneficiário do tratamento, mas também do novo ser que irá ser gerado e de todas as complicações que podem surgir durante o respetivo procedimento. Até porque, analisadas as técnicas, facilmente constatamos que não se tratam de técnicas terapêuticas e que comportam vários riscos.

Não obstante permitirem ultrapassar a infertilidade, a realidade é que a P.M.A não a vai curar e podem surgir alguns problemas de saúde para os seus intervenientes. A partir do momento em que comportam mais riscos do que benefícios, sobretudo para o novo ser, a intervenção deveria ser, na

⁹⁷ Neste sentido entendem Jorge Miranda e Rui Medeiros, quando afirmam “O direito à integridade pessoal não é, como se verá mais adiante, um direito imune a quaisquer limitações, podendo, pelo menos, ser objecto de autolimitações”. In MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui - **Constituição Portuguesa Anotada**, Tomo I, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, ISBN 9789723218220, p. 552.

⁹⁸MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, idem ibidem, p. 555

nossa perspectiva, automaticamente interrompida e analisadas as consequências do seu prosseguimento para a integridade dos intervenientes. Nas palavras de João Duarte⁹⁹ “Está fora de dúvida que o direito à integridade física e moral deve ser – e é efetivamente – protegido face aos ataques provindos de terceiros. A questão é a de saber se a pessoa deve estar protegida dos ataques provindos dela própria”.

Se no passado o corpo humano era visto como um objeto que servia os interesses privados, hoje ele já não pode ser mais objeto de comércio e não lhe pode ser atribuído qualquer valor patrimonial. A doutrina cristã, que vê o corpo humano como algo sagrado, em muito contribuiu para uma modificação desta visão. O Homem deve apenas ter, sobre o seu corpo, o poder que é inerente aos seus fins naturais, exceto quanto o contrário seja do seu interesse, nomeadamente no caso dos transplantes e doações. Assim, o Homem apenas deve dispor do seu corpo em situações que visem protegê-lo, ou seja, para seu próprio bem e quando o seu corpo é lesado.

2.2.3. O direito à identidade pessoal

Afirma o artigo 26º n.º1 que “A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação”, sendo que no seu n.º3 afirma que “A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica”. Ora cada indivíduo tem direito a conhecer e a preservar a sua identidade pessoal, o que acaba por ser impedido no caso da P.M.A heteróloga, onde se recorre a um dador. Nesta, a criança não terá conhecimento das suas ascendências genéticas, não saberá quem lhe transmitiu o seu património genético, a par do que ocorre na doação de embriões.

Sobre isto, Tiago Duarte¹⁰⁰ salienta a importância do material genético, único e irrepetível, defendendo que “...o direito à identidade pessoal... também abrangerá o direito a saber quem são os progenitores genéticos, no fundo aqueles que transmitiram a identidade pessoal a cada um, pelo que reputamos de contrárias à Constituição todas as formas, não justificadas...que impeçam qualquer

⁹⁹DIAS, João Álvaro, **Procriação assistida e Responsabilidade Médica**, op.cit., p. 138.

¹⁰⁰DUARTE, Tiago - **In Vitro Veritas? - A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei**, op. cit., p. 40.

pessoa de reconstituir a sua árvore genealógica na busca da sua verdadeira identidade”, pois estaríamos assim perante um sistema de filiação assente na mentira.

2.2.4. O direito à intimidade e reserva da vida privada

Também previsto no artigo 26º n.º1 da C.R.P, importa começar por aferir o que engloba este conceito de intimidade¹⁰¹. Ele implica o controlo do conhecimento de informações pessoais por parte de terceiros, a subtração à atenção dos outros (anonimato) e a exclusão do acesso físico dos outros à própria pessoa (solitude), de acordo com Paulo Mota Pinho¹⁰². Este direito de reserva à intimidade privada está relacionado com informações – factos ou opiniões – confidenciais do indivíduo e que ele não quer divulgar. No entanto, como já referimos, se de um lado existe alguém que pretende que essas informações continuem confidenciais, por outro existem situações que envolvem interesses públicos e onde, em nome deles, é necessária essa divulgação, equilibrando-se o individual e o social¹⁰³.

Este direito apenas pode ser limitado através do consentimento do seu titular, o qual pode ser expresso ou tácito nos termos do artigo 217º C.C., ou pela própria ordem pública. Encontra-se relacionado também com o sigilo ou segredo profissional dos médicos¹⁰⁴, proibindo atos que se destinem a conhecer a intimidade das outras pessoas. Embora o direito à reserva da intimidade privada se traduza em várias esferas, para o desenvolvimento da nossa temática interessa-nos a componente da informação médica dos intervenientes na P.M.A, sendo que ao médico compete garantir que quer os direitos quer os deveres dos intervenientes são cumpridos. Deve ainda existir toda uma estrutura social que apoia ou deve apoiar este processo, tendo sempre em conta que o médico, no exercício da sua profissão, exerce também um dever para com a sociedade.

¹⁰¹Este conceito parece abranger aspetos como a identidade da pessoa, dados pessoais como afiliação, residência, contactos, estado de saúde e a sua vida afetiva, o seu passado.

¹⁰²PINTO, Paulo Mota - O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. Op. cit., p. 508.

¹⁰³É um direito que se encontra consagrado em instrumentos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, no seu artigo 12º e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem no seu artigo 8º. Em Portugal, a par de Espanha, este é um direito que se encontra consagrado sobretudo a nível constitucional.

¹⁰⁴Enquanto o anonimato diz respeito aos intervenientes – dador, criança e casal beneficiário – o segredo está relacionado com o próprio ato da reprodução assistida, ato esse que não é natural. Significa isto que pode revelar-se, por exemplo, que existiu este ato de reprodução artificial, quebrando-se o segredo, mas manter-se o anonimato ao preservar a identidades das pessoas intervenientes. Por sua vez, a quebra do anonimato já implica que o segredo seja também quebrado.

2.2.5. O direito a constituir família

Este direito encontra-se previsto no artigo 36º e 66º da C.R.P, dos quais se retira que todos têm o direito a constituir família e a contrair casamento. Assim, o artigo 36º começa por distinguir o direito a constituir família do direito a contrair casamento, abrangendo não só os casais em união de facto, situação análoga ao casamento, mas todas as pessoas, ainda que solteiras. Podemos, por isso, afirmar que não se trata apenas de um direito do casal mas também um direito individual, motivo pelo qual o legislador procedeu a esta distinção. Significa ainda que a família “matrimonializada”, como refere Tiago Duarte¹⁰⁵, não é o único tipo de família, embora possa ser o predominante, devendo-se incluir neste conceito de família quer a conjugal, quer a biológica, quer a adotiva, esta última assinalada no n.º7 do preceito.

Acresce que este direito a constituir família não diz respeito somente ao direito a contrair casamento, mas ao direito a procriar independentemente do estabelecimento de filiação. Embora também seja uma norma pensada para o conceito de família tradicional, é necessário fazer uma interpretação extensiva, sob pena de a mesma se tornar desatualizada e desadequada à sociedade atual, motivo pelo qual devemos incluir aqui também a vertente de acesso às técnicas de P.M.A e soluções médicas que vão surgindo.

É de salientar que o facto de a C.R.P abranger todos os tipos de família e o acesso às técnicas de P.M.A se ter estendido a um largo conjunto de beneficiários, não significa que o legislador pretendeu com isto incentivar ao recurso à P.M.A, pois tanto a paternidade como a maternidade devem ser conscientes e ter em conta o melhor para a criança que irá nascer. Tal não passa por utilizar a reprodução assistida para, por exemplo, escolher as características da criança conforme o seu gosto e atendendo a critérios superficiais. Mas precisamente por se tratar de uma área volátil e sujeita a inúmeras atualizações, torna-se necessária a intervenção do Estado de forma a interceder e regular, de maneira extensa, este acesso à procriação assistida¹⁰⁶.

¹⁰⁵DUARTE, Tiago - *In Vitro Veritas? - A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*, op. cit., p. 34.

¹⁰⁶Neste sentido defende Taipa de Carvalho, quando afirma que “...a violação desse núcleo fundamental de valores protegido pelo direito penal constitui uma ofensa a toda a comunidade social, e não apenas em relação à pessoa em que se tenha concretizado a lesão do bem jurídico.”, pelo que cabe “...ao Estado, enquanto representante da sociedade politicamente organizada, a tutela dos valores comunitários...”, dado que é ele o titular do *ius punendi*. In CARVALHO, Américo Taipa de - *Direito Penal, Parte Geral – Questões Fundamentais Teoria Geral do Crime*, op. cit., p. 103

Não basta recorrer à invocação do direito à reserva da intimidade da vida privada para fundamentar uma não intervenção do Estado, até porque existem limites que devem ser respeitados. Por esse motivo estabelece o artigo 67º da C.R.P que a família tem direito a uma proteção do Estado e a que lhe sejam proporcionadas todas as condições necessárias para a sua realização pessoal, sendo que uma das formas de proteção é exatamente a regulamentação da procriação assistida de forma a salvaguardar a dignidade da pessoa humana, como estipulado na alínea f) do n.º2 da disposição.

2.2.6. A efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal

O artigo 67º C.R.P. dispõe que o Estado é incumbido de proporcionar todas as condições para que cada indivíduo alcance a sua realização pessoal. Inserido no Capítulo II, relativo aos Direitos e deveres sociais, esta efetivação das condições não tem a força vinculativa dos Direitos, Liberdades e Garantias¹⁰⁷. Não obstante, se vemos a aplicação das técnicas de P.M.A como um veículo de realização de objetivos, quer pessoais quer do casal, podemos dizer que o Estado tem a missão ou o dever de organizar todas as condições de forma a permitir o acesso a essas técnicas, não se podendo, porém, dizer sem mais nem menos que existe uma obrigação de o fazer, até porque não se trata de uma norma de aplicação imediata.

João Dias¹⁰⁸ enfatiza esta ideia na seguinte afirmação: “Desde logo porque cabendo ao Estado uma racional e eficaz afetação de recursos, dificilmente poderá justificar-se que sejam gastas somas astronómicas em programas de combate à infertilidade e desenvolvimento de novas tecnologias quando em todos os países há cifras negativas de crianças desprotegidas e um número alarmante de interrupções de gravidez que a serem prosseguidas poderiam culminar em nascimentos de crianças capazes de permitirem aos casais inférteis o supremo desejo da paternidade, agora sublimada por razões de índole humanitária”. E, saliente-se, “A aceitação ou reconhecimento do direito à realização pessoal não implica que todos os meios sejam lícitos para alcançar tal desiderato”¹⁰⁹.

¹⁰⁷De acordo com Jorge Miranda e Rui Medeiros, o artigo 67º “tutela fundamentalmente a própria família como instituição e impõe, em particular, ao Estado o dever de a proteger positivamente.” Mas acrescenta que “...uma vez que se está perante prestações não vinculadas, o artigo 67º só ganha, em princípio, um conteúdo positivo através da interposição do legislador, não conferindo um direito imediato a uma prestação efectiva, visto que não é directamente aplicável nem exequível por si mesmo.” In MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui - **Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I**, op. cit., p. 1359

¹⁰⁸DIAS, João Álvaro, **Procriação assistida e Responsabilidade Médica**, Op. cit., p. 72.

¹⁰⁹DIAS, João Álvaro, Idem ibidem, p. 73.

Mediante certas condições médicas e sociais da paciente, o médico consegue descortinar qual a probabilidade de a criança vir a nascer, ponderando as vantagens e os riscos. Mesmo que a probabilidade da criança nascer seja baixa, se as vantagens forem superiores aos riscos, valerá a pena continuar o tratamento. Não obstante, ainda que o casal beneficiário mantenha a intenção de continuar, cabe ao médico avaliar de forma adequada o caso e não ceder à pressão emocional do casal, sobretudo se entender que o correto é parar os tratamentos¹¹⁰. Por último, é possível depararmos com situações em que os médicos recusam o tratamento por entenderem que os pais não possuem as habilidades necessárias para criarem a criança¹¹¹. A verdade é que esta possibilidade de recusa pode contender com o princípio da igualdade, dado que os casais que não precisam de recorrer a estas técnicas de superação de infertilidade terão o filho independentemente de terem maior ou menor habilidade ou competências parentais, pois estas não são aqui avaliadas. Mas entende-se que o propósito é o de proteger ou evitar situações extremas, que só comprovam a necessidade de o Estado regular o acesso à P.M.A, como é o caso de Lesley Northrup¹¹², que queria ser uma mãe-irmã.

2.3. A Procriação Assistida e o direito à identidade genética e anonimato do dador

O artigo 26º da C.R.P, com a epígrafe “Outros direitos pessoais”, dispõe que “A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica”. Esta norma é uma das vertentes do direito à identidade pessoal, tendo sido acrescentada pelo legislador quando deparado com as dificuldades originadas pela evolução da ciência. De acordo com a norma, cada pessoa tem o direito de conhecer a sua identidade genética, informação essa que o distingue dos demais. Embora não se possa estabelecer a filiação em relação aos dadores, a verdade é que estes não deixam de fazer parte da vida

¹¹⁰Sobre isto refere o artigo 11º n.º 2 da Lei da P.M.A que “Nenhum profissional de saúde pode ser obrigado a superintender ou a colaborar na realização de qualquer das técnicas de P.M.A se, por razões médicas ou éticas, entender não o dever fazer”.

¹¹¹OLIVEIRA, Guilherme de – Restrições de acesso à parentalidade. Op. Cit., p. 13.

¹¹²Lesley queria ter um filho mas, tal como acontece agora, tentou primeiro estabilizar a sua carreira. Não tinha intenções de casar e não adotou porque os custos inerentes eram excessivos, pelo que recorreu à Inseminação artificial utilizando sêmen de 3 dadores que escolheu, nascendo assim Evan Arandes Northup. Enquanto pastora da Igreja Episcopal, estava vinculada a viver a sua vida de forma exemplar e de acordo com os princípios cristãos, mas nem ela nem os outros membros da Igreja consideraram que tivesse existido alguma violação, até porque não ocorreu qualquer ato sexual. Escolheu dadores que conhecia e em quem confiava, mas que não eram tão próximos ao ponto de criar uma ligação com a criança, sendo que dois deles eram também padres. Tinha a noção de que a sua filha podia, mais tarde, querer conhecer o pai, mas afirmava que estava preparada para isso, porque para ela pai é aquele que criou e amou a criança. Disponível na Internet em <URL: https://www.washingtonpost.com/archive/politics/1987/12/07/a-need-examined-a-prayer-fulfilled/f8a38a1c-2da4-4d6f-b93a-ab66533472bc/?utm_term=.4f20d19e94d8> [Consult. 10/09/2017].

e historicidade pessoal de cada novo ser, pois contribuíram para a sua formação, ainda que meramente biológica. Por esse motivo Tiago Duarte¹¹³ considera que, para o exercício pleno deste direito, não basta conhecer-se as características genéticas do dador, mas a sua identificação, referindo-se inclusive a uma proibição do anonimato do dador.

Entre nós, em 1987, foi formada a Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias, a qual foi sucessivamente fazendo algumas propostas no que diz respeito a este assunto, sugerindo que se abrisse uma exceção ao anonimato do dador apenas por motivos médicos, casos em que o sigilo médico podia também ser quebrado¹¹⁴. Em 1997, 10 anos depois, através da Proposta n.º 135/VII admitia-se também que a identidade pudesse ser revelada quando existissem razões reconhecidas por sentença judicial¹¹⁵. Dois anos depois, o DL 415/VII veio propor a existência de uma Comissão de Orientação e Acompanhamento que, no caso de requerimento da pessoa nascida através da P.M.A, a informasse das circunstâncias do seu nascimento, nomeadamente acerca da identidade do dador, mas este Decreto-Lei veio a sofrer um veto presidencial, por se encontrar inserido numa corrente totalmente oposta à da época.

Importa começar por salientar que este conhecimento da ascendência genética não implica que se vá atribuir ao dador quaisquer direitos, obrigações familiares ou estatuto de filiação e, por outro lado, mesmo que se opte pelo sistema de anonimato do dador, existem algumas informações genéticas suas que devem estar disponíveis para serem consultadas¹¹⁶. Se estabelecermos um paralelo com o instituto da adoção, facilmente verificamos que também nesta o regime tradicional é o da confidencialidade,

¹¹³DUARTE, Tiago - *In Vitro Veritas? - A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*, op. cit., p. 47.

¹¹⁴Este dever de sigilo visa tutelar a confiança que o paciente deposita no médico, abrangendo factos desde físicos, psicológicos, sociais e económicos, estando o médico apenas legitimado a revelá-los quando exista um dever jurídico que se sobreponha a este. O médico tem que ponderar os interesses concretos do paciente e os interesses públicos ou de terceiros que possam conflitar com aqueles. Este dever médico é muito sensível neste particular caso, dada a quantidade de intervenientes.

¹¹⁵Para Rafael Vale Reis, “Esta abertura que se propunha na regra do anonimato do dador teria, seguramente, por finalidade assegurar a consagração de uma cláusula de salvaguarda, naqueles casos em que o conhecimento da identidade do dador se revelasse essencial no quadro individual da construção da própria personalidade, permitindo-se que o tribunal competente em matéria de família da área da residência do interessado reconhecesse essa essencialidade e levantasse a cortina do segredo” In REIS, Rafael Vale e - *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, ISBN 9789723215823, p. 436.

¹¹⁶A lei da P.M.A prevê, no seu artigo 15º n.º 2 e 3, que “ Sem prejuízo do disposto no número anterior, as pessoas aí referidas podem obter informação sobre eventual existência de impedimento legal a projetado casamento, junto do Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida, mantendo-se a confidencialidade acerca da identidade do dador, exceto se este expressamente o permitir.
4 - Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, podem ainda ser obtidas informações sobre a identidade do dador por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial.”.

visando-se proteger a estabilidade e a paz da família adotiva. Trata-se de um regime fechado, na medida em que não existem contactos entre a família adotiva e a biológica, sendo que normalmente a família adotiva conhece a biológica mas o contrário não acontece. No que diz respeito à criança, a rutura acaba por nunca ser definitiva, uma vez que, sobretudo no caso das crianças que são encaminhadas para a adoção numa idade mais tardia, vão ter sempre uma ligação à sua família biológica pois tiveram com eles certas experiências e recordações, sejam estas positivas ou negativas.

De acordo com o C.E.J.¹¹⁷, “A questão da rutura de laços na adoção não se coloca para os laços biológicos, pois esses terão sempre um lugar na história de adoção de cada criança e de cada família por adoção, mas não deixa de se colocar igualmente a questão da rutura dos laços, que conduz tal como nas famílias convencionais, à rutura da família, neste caso à rutura da família por adoção”.

E, se por um lado o facto de o dador ser anónimo é revelador do seu papel de menor relevância no processo, por outro a ocultação da verdade biológica contraria este direito de identidade pessoal¹¹⁸. Existindo este direito, coloca-se outra questão: a de saber se é recíproco, isto é, se também o dador tem direito a informações e ao conhecimento da identidade do ser gerado. Oliveira de Ascensão¹¹⁹ entende que não, dado que não participou no projeto de paternidade, pelo que se corria o risco de existir uma intrusão na vida familiar do novo ser. Além disso presume-se, erradamente, que quem foi criado através destas técnicas o sabe, o que na verdade pode não acontecer. E, caso não o saiba, não fará sentido recorrer a normas como a do artigo 15º n.º3 da Lei da P.M.A.

2.4. Solução portuguesa atual

Atualmente encontra-se prevista, no artigo 15º n.º2 da Lei da P.M.A, a possibilidade de aquele que foi gerado através destas técnicas solicitar junto do C.N.P.M.A informações relativas ao dador, sendo que estas apenas serão fornecidas mediante a autorização deste. Por outro lado, não está prevista a

¹¹⁷Disponível na Internet em <URL: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Adocao.pdf> CEJ, Janeiro de 2015> [Consult. 14/04/2017].

¹¹⁸Se por um lado existe um reconhecimento da procriação assistida no Direito da Família, por outro existem alguns fatores que nos levam a crer que a recetividade do nosso sistema não é assim tanta. Tais técnicas podem vir a colocar em causa o direito à identidade pessoal, o direito à vida que contende com alguns dos destinos a dar aos embriões excedentários, como já referimos e ainda o artigo 69º que visa uma proteção conferida pelo Estado às crianças, levando a questionar-nos se estas técnicas são do interesse da criança ou se podem vir a afetar o seu desenvolvimento integral. Além disso, temos que ter em conta que estamos num âmbito onde a moral e a ética também têm a sua importância e onde se pode verificar um confronto de direitos individuais com essas dimensões.

¹¹⁹ASCENSÃO, José Oliveira de - A Lei n.º 32/2006, sobre procriação medicamente assistida. Op. cit., p. 996.

possibilidade de o dador solicitar informações sobre a identidade daquele para quem contribuiu com o seu material genético. A lei não contempla também a possibilidade de este pedido ser efetuado por outra pessoa que não o interveniente. Não obstante dispõe, no seu n.º4, que “Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, podem ainda ser obtidas informações sobre a identidade do dador por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial”.

Mas o que se entende por razões ponderosas? Ao efetuar-se o pedido, deve-se fundamentar a necessidade especial naquele caso concreto, do exercício do direito ao conhecimento das origens, sendo que o ónus da prova cabe ao dador. A ideia que fundamentava o anonimato era a preocupação, perante a possibilidade de se conhecer a identidade do dador, de o número de pessoas disponíveis para doar o seu material genético diminuir e de que o dador, tendo acesso aos dados daquele para quem contribuiu biologicamente, pudesse interferir na sua vida e estabilidade familiar. Além disso, o anonimato permitia ainda esconder um problema de infertilidade, inicialmente visto como algo embaraçoso.

Todavia, surgiram alguns argumentos que vieram combater estas ideias. De acordo com estudos realizados junto de crianças concebidas com gâmetas de dador e publicados em 2002 (coordenados por Golombok), “...os pais não têm por hábito revelar aos seus filhos a sua condição, preferindo deixar nestes a convicção de que são seus descendentes biológicos”, acrescentando ainda que “...os filhos que conhecem pelos pais a circunstância de terem sido gerados com gâmetas de dador aceitam sem grandes complicações esse facto, enquanto que aqueles que descobrem acidentalmente ou na fase adulta tendem a desenvolver ressentimentos baseados na falta de honestidade dos seus pais sociológicos”¹²⁰.

Como afirma Rafael Vale Reis¹²¹, no que diz respeito ao argumento da diminuição do número de dadores, a inexistência de anonimato pode comportar algumas situações negativas, desde uma diminuição da possibilidade de se escolher o material genético, à diminuição dos seus níveis de qualidade, ao desenvolvimento de mercados paralelos a fim de obter este material ou então ao aumento de listas de espera. No entanto o autor entende ser mais provável, tal como se verificou por

¹²⁰REIS, Rafael Vale e - *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, op. cit, p. 459.

¹²¹REIS, Rafael Vale e, idem ibidem, p. 461.

exemplo na Suécia, uma diminuição da doação de esperma dos jovens universitários e um aumento da doação de esperma de homens com idade superior e com a vida mais estabilizada, na casa dos 30.

Este autor deu-nos conta de uma proposta que pretendia ultrapassar estas dificuldades apontadas, o *Double track systems* ou sistemas de dupla via. Esta previa a existência de dois grupos de dadores, aqueles que pretendiam manter o seu anonimato e aqueles que não colocavam obstáculos à divulgação da sua identidade, sendo que os beneficiários depois fariam a sua escolha. Desta forma não se estaria a impor nenhum modelo, permitindo-se a seleção e sendo igualmente possível avaliar temporariamente os efeitos da quebra do anonimato. No entanto, é entendimento de Rafael Vale e Reis – o qual partilhamos - que neste sistema o interesse do ser gerado através destas técnicas, mais concretamente o direito ao conhecimento das suas origens genéticas, continuaria a não estar assegurado no caso dos progenitores que escolhem dadores que preferem manter-se no anonimato. Existem ainda autores como Rafael Vale e Reis que sugerem a existência de uma entidade administrativa que trabalhe na harmonização destes casos e avalie, caso a caso, se o anonimato deve ou não prevalecer sobre o direito ao conhecimento das origens genéticas¹²².

Ainda no que diz respeito ao anonimato, o Decreto Regulamentar n.º 6/2016 de 29 de dezembro, que veio regulamentar a Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, a qual veio alargar o âmbito dos beneficiários das técnicas, garantindo o acesso de todos os casais e todas as mulheres à P.M.A, independentemente do seu estado civil, orientação sexual e diagnóstico de infertilidade, procedendo assim à segunda alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, que regula as técnicas de P.M.A, prevê, no seu capítulo III, que após o procedimento os dados pessoais e registos dos intervenientes – dadores, crianças e beneficiários - serão conservados nos respetivos centros por um período de 30 anos e durante 75 anos no C.N.P.M.A, conforme disposto no artigo 17º n.º2 do Decreto Regulamentar.

Este período parece-nos ser demasiado extensivo, atendendo a que existe uma acessibilidade bastante restrita a esses dados, sendo os mesmos mantidos apenas para efeitos de finalidades médicas, e dentro desta nem a sua utilização na investigação médica é permitida, conforme artigo 19º do mesmo decreto. Estes dados podem vir a ser eliminados, nomeadamente pelo decurso do prazo de

¹²²REIS, Rafael Vale e, *Idem ibidem*, p. 470.

conservação, por decisão judicial ou mesmo a requerimento do beneficiário que tenha revogado o consentimento até ao início dos processos terapêuticos de P.M.A, nos termos do artigo 20º do decreto.

Quer em Portugal quer em Espanha é necessária uma autorização judicial para esta revelação de identidade. De acordo com Rafael Vale Reis¹²³, existem 3 modelos que visam dar resposta a esta problemática, desde aquele que não permite de todo o conhecimento da identidade do dador, àquele que concede uma abertura em certas situações excepcionais mas apenas mediante autorização de uma entidade externa, até ao que admite este conhecimento mediante requerimento do interessado. O autor oferece uma quarta via, em que se prevê a admissibilidade do conhecimento do dador, sendo que em certos casos o Tribunal poderia obstaculizar este conhecimento, recorrendo às razões ponderosas. Assim, o interessado faria o requerimento e o Tribunal entraria em contacto com o dador, concedendo-lhe um prazo para este invocar razões ponderosas que levassem ao seu anonimato. No caso de existir essa oposição, o interessado seria representado pelo Ministério Público.

No caso da maternidade de substituição, coloca-se a questão de saber se aquele que nasceu através desta técnica poderá aceder às informações da mãe gestante e até mesmo impugnar a maternidade. De acordo com o autor, quando o material genético é fornecido pela mãe beneficiária, sendo esta considerada mãe, o filho deve ter a oportunidade ou o direito a conhecer a identidade da mãe gestante. Indo mais longe, estabelece a possibilidade de impugnar a maternidade nos casos em que existe uma terceira, a dadora de óvulos, tendo aqui direito quer a conhecer a identidade da portadora quer da dadora. Com a Lei n.º 25/2016 de 22 de agosto, o artigo 15º da Lei da P.M.A foi alterado, passando a abranger também a gestação de substituição, ao prever “Todos aqueles que, por alguma forma, tomarem conhecimento do recurso a técnicas de P.M.A, incluindo nas situações de

¹²³Rafael Vale e Reis propõe a seguinte redação do artigo 15º da Lei da P.M.A: “2 – Sem prejuízo do disposto nos n.ºs 4 a 7, as pessoas nascidas em consequência de processos de P.M.A com recurso a dâdiva de gâmetas ou embriões podem, junto dos competentes serviços de saúde, obter as informações de natureza genética que lhes digam respeito, excluindo a identificação do dador. 4 – As pessoas nascidas em consequência de processos de P.M.A podem obter informação sobre a identidade do dador de gâmetas ou embriões mediante requerimento dirigido ao Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida que notificará o dador dessa pretensão. 5 – No prazo de 15 dias contados da data da notificação a que se refere o número anterior, o dador de gâmetas ou embrião pode requerer ao tribunal o reconhecimento da existência de razões ponderosas para a não revelação da sua identidade; nesse caso, o requerente será representado pelo Ministério Público que assegurará o respeito pelo princípio do contraditório e o direito ao recurso. 6 – Até ao trânsito em julgado da decisão proferida no processo a que se referem os números anteriores, todas as entidades aí intervenientes devem assegurar a não revelação da identidade do dador. 7 – Caso o dador não utilize, no prazo aí previsto, a faculdade consagrada no n.º5, o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, facultará ao requerente a informação relativa à identidade do dador e, caso sejam requeridos e estejam disponíveis, os dados relativos à residência por este indicada ao tempo da dação.” sendo que ao n.º 8 corresponderia o anterior n.º5. //r REIS, Rafael Vale e, *Idem ibidem*, p. 479 e 480.

gestação de substituição, ou da identidade de qualquer os participantes nos respetivos processos, estão obrigados a manter sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio ato da P.M.A”.

2.5. A figura do consentimento

Para qualquer intervenção médica, nomeadamente a aplicação das técnicas de procriação assistida, é necessário o consentimento da pessoa que vai ser sujeita às mesmas, dado que só ela pode dispor dos direitos que lhe são inerentes. A informação deve ser dada ao paciente de forma a que tenha tempo para ponderar todas as vantagens e desvantagens da intervenção e tomar uma decisão. Para que o paciente consiga dar o seu consentimento de forma livre e esclarecida, ele deve ter acesso a todas as informações, designadamente as possibilidades de sucesso e os riscos, os efeitos secundários, as alternativas, qual é o melhor tratamento na opinião do médico, tudo para que o homem médio, sem conhecimentos da arte, consiga tomar uma decisão o mais informada possível, conforme artigo 12º c) da Lei da P.M.A.

Para que o consentimento seja relevante juridicamente, o seu titular deve ter capacidade jurídica. No caso da P.M.A, mais especificamente nas situações de gestação de substituição, importa à gestante, ao dar o seu consentimento, analisar e ponderar os efeitos *a posteriori* e não apenas no momento em que toma a decisão. Aqui o médico deve obter o consentimento não só da doente, que padece de infertilidade, mas também do dador e do cônjuge da beneficiária. Este consentimento do cônjuge da beneficiária tem também extrema importância na decisão do destino a dar aos embriões excedentários, no caso de os haver. Mas o paciente também tem o dever de prestar todas as informações sobre si de forma a que o médico possa propor as alternativas mais adequadas ao seu caso e consiga ajudar de forma mais apropriada. Sobretudo neste caso, a omissão de informações ou a mentira deliberada pode fazer incorrê-los em responsabilidade. A norma da Lei da P.M.A, artigo 14º, é bastante clara, ao referir que o consentimento prestado pelos beneficiários deve ser livre, esclarecido, expresso e por escrito, tendo previsto, no n.º4, a possibilidade de o mesmo ser revogado por qualquer um dos beneficiários até ao início dos procedimentos, o que se aplica também à gestação de substituição.

Uma das questões que se tem discutido é a avaliação psicológica dos intervenientes, quer dadores quer recetores. Talvez por esse motivo, o Decreto Regulamentar n.º6/2017 de 31 de julho que veio

regulamentar a Lein.º25 /2016 de 22 de agosto, a qual regula o acesso à gestação de substituição, veio estabelecer, no seu artigo 2º d), que uma das condições necessários para o pedido de autorização prévia para a celebração de contratos de gestação de substituição será a apresentação de uma declaração de psiquiatra ou psicólogo favorável no sentido dessa celebração. No entanto, esta avaliação psicológica pode ser demasiado intrusiva da esfera de privacidade da pessoa, contendendo com o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar.

2.6. A procriação medicamente assistida noutros países

Como já temos vindo a referir ao longo deste estudo, são várias as soluções legais e opções de criminalização nos diferentes países, o que muitas vezes origina deslocações daqueles que procuram uma solução para o seu problema e que não a encontram no seu país.

Em França¹²⁴, a título de exemplo, o dador não recebe qualquer contrapartida pela doação do seu material genético, exceto no Centro de Marselha, e está vinculado a um dever absoluto de verdade, sendo proibida a utilização de dadores que façam parte da família. O dador tem direito a saber as condições gerais de utilização do seu esperma mas não tem informações sobre as condições particulares. Tem direito ao segredo e anonimato, direito este também atribuído ao casal beneficiário da doação e direito à segurança, ou seja, a uma aplicação segura e adequada destas técnicas, com o intuito de se prevenir a transmissão de doenças e outros riscos.

A aplicação destas técnicas requer o consentimento do casal, tendo este direito a um período de 1 mês para reflexão sobre a informação que lhes é dada. O tratamento é participado a 100% pelo Serviço Nacional de Saúde, mas apenas a mulheres com idade até aos 43 anos ou que estejam na sua quarta tentativa de F.I.V. No caso de existirem embriões congelados e o casal não pretender mais utilizá-los, é permitida a sua doação, desde que o casal beneficiário preencha as condições necessárias para aceder à P.M.A. A doação está sujeita a uma decisão das autoridades judiciais, a qual vai primeiramente obter o consentimento do casal doador, sempre com base nos princípios da gratuitidade e anonimato.

¹²⁴Para mais informações sobre a prática da reprodução assistida consultar a página online WWW: <URL:<https://www.agence-biomedecine.fr/Assisted-reproductive-technology?lang=fr>> [Consult. 17/08/2017].

Por sua vez, na República Checa¹²⁵ é possível proceder à escolha do dador através de algumas das suas características como o peso, cor de cabelo, entre outros, existindo, de resto, também um espírito de gratuidade e anonimato. Não obstante, prevê-se a possibilidade de reembolso ao dador por quaisquer despesas relacionadas com a doação ou por inconvenientes causados pela mesma. No caso das dadoras de ovócitos, estas têm que ter uma idade compreendida entre os 18 e 35 anos. Estes tratamentos não podem ser utilizados de forma a escolher o sexo da criança, a não ser que previna doenças genéticas graves e que possam causar problemas de saúde e desenvolvimento, à semelhança do que acontece em Portugal. A relação entre o dador e a criança será de total anonimato

Na Austrália a procriação assistida é regulada pelo *Human Reproductive Technology Act 1991*¹²⁶ e a confidencialidade encontra-se prevista no seu artigo 49º. De acordo com o mesmo, tudo o que diga respeito à identidade do dador, aos participantes envolvidos e até mesmo à criança que irá nascer através destas técnicas, nunca deverá ser divulgado. No entanto, concede algumas exceções nos casos em que essas informações sejam necessárias, por exemplo, para levar a cabo algum procedimento ou investigação, através de requerimento do Ministro, desde que exista consentimento do dador, participantes e mesmo da criança em questão. Estipula ainda que quaisquer informações que identifiquem a criança como resultado da P.M.A, no caso de ainda não ter atingido os 16 anos, não podem ser divulgadas a não ser que cada pessoa que tenha dado o seu consentimento nesta intervenção tenha sido aprovada no aconselhamento, antes de dar esse consentimento.

Destarte, podemos desde logo concluir que o regime nestes países que abordámos não difere muito daquilo que se passa atualmente em Portugal, o que é benéfico na medida em que, existindo uma maior coesão e uniformização da legislação, evita situações como as que já mencionámos,

¹²⁵Disponível na Internet em <URL:<http://www.czechtourism.com/a/reproductive-medicine/>> e WWW: <URL:<http://www.wherelif.com/ivf-country-month-czech-republic/ivf-czech-republic-rules-regulations/>> [Consult. 17/08/2017],

¹²⁶Na legislação referida pode ler-se: "Information that would identify a child born as a result of the relevant procedure who has not reached 16 years of age cannot be divulged or communicated under paragraph (d) of subsection (2) unless each person who has given consent for purposes of that paragraph has completed approved counselling before giving that consent. (2b) Except as provided in subsection (2c), a child who has not reached 16 years of age cannot consent for the purposes of paragraph (d) of subsection (2). (2c) A person who has parental responsibility (as defined in section 68 of the Family Court Act 1997) for the child may, after completing approved counselling, consent for the purposes of paragraph (d) of subsection (2) on behalf of that child and in that case the child is to be taken to have consented for the purposes of that paragraph. (2d) Subject to subsection (2e), information to which subsection (1)(a) applies may be divulged or communicated to a child resulting from the donation who has reached 16 years of age and who has completed approved counselling."

Disponível na Internet em <URL:https://npsu.unsw.edu.au/sites/default/files/npsu/data_collection/Assisted%20reproductive%20technology%20in%20Australia%20and%20New%20Zealand%202013.pdf> [Consult. 17/08/2017].

nomeadamente o turismo reprodutivo, permitindo assim que cada país controle de forma mais eficaz a prática interna da P.M.A.

CAPÍTULO III – A INTERVENÇÃO DO DIREITO PENAL NA P.M.A: ANÁLISE CRÍTICA

3.1. A Intervenção Penal na P.M.A

A intervenção penal deve cingir-se sempre ao preenchimento dos critérios de subsidiariedade e fragmentaridade, ou seja, deve ter lugar apenas em *ultima ratio*. E para aferir em que situações deve intervir, começa sempre por identificar os bens jurídicos, bem como as condutas que podem lesar esses mesmos bens. Estes bens jurídicos, cujo conceito será aqui apreciado, comportam neles os direitos tutelados constitucionalmente que foram abordados por nós anteriormente. De acordo com Maria João Antunes¹²⁷, “Entre as duas ordens verifica-se uma relação que não é por certo de identidade, ou sequer de recíproca cobertura, mas de analogia material, fundada numa essencial correspondência de sentido e – do ponto de vista da uma tutela – de fins”.

Primeiramente, cumpre afirmar que ao Direito Penal não cabe realizar juízos éticos ou representar valores morais, deve-se limitar a proteger determinados bens fundamentais e mesmo no que diz respeito a esses bens, só intervém quando existe uma elevada danosidade social e quando verifica que a intervenção das outras áreas do Direito é insuficiente. O fato de uma conduta não ser punível criminalmente não significa que seja tida como legítima ou aprovada pelo ordenamento jurídico. Primeiro, porque nem todos os bens jurídicos são dignos de tutela penal e segundo, porque os outros meios jurídicos disponíveis, nomeadamente os recursos colocados à disposição pelo direito civil, podem ser eficazes à sua resolução, sem que o Direito Penal necessite intervir. Além disso, para analisarmos a função do Direito Penal, importa atendermos a vários aspetos: não só ao crime mas às consequências jurídicas, à pena e às medidas de segurança. A pena tem sempre em vista a prevenção geral e especial e tem uma natureza preventiva, na medida em que o Direito Penal pretende, ao punir

¹²⁷ ANTUNES, Maria João – Procriação Medicamente Assistida – Questões Novas ou Questões Renovadas para o Direito Penal?. In **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias**. Org. Manuel da Costa Andrade, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 9789723217933, p. 81

as condutas, restringir o mínimo possível os direitos e liberdades de cada um, de forma a preservar os bens jurídicos essenciais da sociedade¹²⁸.

Muitas das práticas que são criminalizadas pelo Direito Penal neste âmbito são ainda vistas como algo projetável e não concretizável, nomeadamente a clonagem reprodutiva, prevista no artigo 36º da Lei da P.M.A e a criação de quimeras e híbridos, prevista no artigo 37º do mesmo diploma. Condutas como estas podem fazer-nos questionar se comportam uma tal relevância social e danosidade que justifiquem o recurso a este ramo do Direito. Outro dos problemas que existe, sobretudo no que diz respeito às técnicas biomédicas, é a inadequação do Direito Penal, na medida em que se tratam de técnicas em constante evolução, correndo-se sempre o risco de o Direito estar a regular uma realidade que, na verdade, já não existe ou já não é representada da mesma forma.

É de salientar, neste aspeto, que embora deva manter as suas características essenciais, o Direito Penal manifesta a historicidade e os valores de cada época e, como refere Taipa de Carvalho¹²⁹, “... o direito penal é a expressão das condições económicas, sociais, culturais, religiosas e políticas, que caracterizam cada época. Mostra-nos a relatividade do direito penal, ao nos patentear as alterações profundas que as instituições jurídico-penais sofrem com o decurso da evolução sócio-cultural dos povos”.

De acordo com Manuel da Costa Andrade¹³⁰, existem autores que desvalorizam a criminalização de uma das técnicas, a inseminação artificial, por entenderem que a única consequência que daí advirá será a prática destas técnicas em âmbitos ilegais, em vez de nos hospitais devidamente preparados, o que não só envolverá ofensas à integridade física como até uma exploração económica. Mas, refere ainda o Autor, sem esta tutela penal, bens jurídicos como a identidade genética, que são de elevado relevo social e jurídico, nunca se conseguiriam impor na sociedade, dado que se tratam de novas dimensões da dignidade humana e que não estão ainda devidamente enraizadas. Sobretudo nesta área, tudo deve ser ponderado e é precisamente isso que se pretende explorar neste trabalho, se a

¹²⁸Como refere Costa Andrade, o Direito Penal deve ser visto como “... tutela de bens jurídicos pela via do sacrifício de outros bens jurídicos, máxime a liberdade. Para além da compressão da liberdade própria de toda a criminalização, a incriminação no domínio das técnicas biomédicas, implica ainda o sacrifício da liberdade de investigação científica, bem podendo outrossim provocar a frustração de muitas das mais otimistas expetativas que a humanidade projeta no futuro”.¹²⁹ // ANDRADE, Manuel da Costa -Direito Penal e modernas técnicas biomédicas. Revista de Direito e Economia. Coimbra: Centro Interdisciplinar de Estudos Jurídico-Económicos. ISSN 1206-9498. (1986), p. 103 e 104

¹²⁹CARVALHO, Américo Taipa de - **Direito Penal, Parte Geral – Questões Fundamentais Teoria Geral do Crime**, op. cit., P. 17.

¹³⁰ANDRADE, Manuel da Costa, idem ibidem, p. 102.

criminalização destas condutas é necessária, dado que a tutela penal de um bem jurídico irá restringir outros direitos conectados. A entender-se que sim, pretendemos avaliar se a forma como a intervenção deste ramo do Direito está prevista é ou não a mais indicada.

3.2. O conceito de bem jurídico

O conceito de bem jurídico surgiu como uma forma de separar o Direito Penal da dimensão da moral¹³¹, até para impedir que o legislador fizesse intervir este ramo do Direito de forma arbitrária, sem critérios. Como a pena vai sacrificar bens que também estão constitucionalmente protegidos, como a liberdade, só se pode recorrer a ela se pretendemos proteger bens com elevada relevância constitucional. Daí surgiram os critérios de subsidiariedade e necessidade. De acordo com Figueiredo Dias¹³², atualmente atravessamos uma crise do Direito Penal do bem jurídico, na medida em que aquela que era vista como a tutela subsidiária de bens jurídicos penais do Direito Penal começa a colocar-se em causa. Questiona-se, assim, se é necessária uma mudança destes conceitos e da função do Direito Penal de forma a fazer face à sociedade atual¹³³. O Autor começa por afirmar que “reconhecer como função exclusiva do direito penal a tutela subsidiária de bens jurídicos não implica limitar a intervenção da sanção criminal apenas aos casos em que se verifique uma efectiva lesão do bem jurídico”, o que o comprova a punição da tentativa, por exemplo¹³⁴. Mas vem ainda salientar duas ideias fundamentais, as de que a par dos bens jurídicos individuais devem existir bens jurídicos sociais, comunitários, universais e coletivos, e que a tutela do Direito Penal pode até passar pelo comportamento, punindo-se condutas de risco e não bens jurídicos, mas, conclui, “ainda assim aqui a punição imediata de certas espécies de comportamentos é feita em nome da tutela de bens jurídicos colectivos e só nesta medida se encontra legitimada”¹³⁵.

¹³¹ Exemplo disto é o facto de na alta Idade Média, mais concretamente nos séculos VIII a XII, o crime mais grave ser a traição, no qual a pena aplicável era a perda absoluta de paz, ou seja, considerava-se que o traidor não tinha personalidade jurídica, pelo que qualquer membro da comunidade tinha o direito de o matar. In CARVALHO, Américo Taipa de - **Direito Penal, Parte Geral – Questões Fundamentais Teoria Geral do Crime**, op. cit., P. 21 e 22

¹³² DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal – Parte Geral – Tomo I – Questões fundamentais; A Doutrina Geral do Crime**, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, ISBN 9789723221084, p. 144

¹³³ Nas palavras de Susana Aires, “Não sendo possível encontrar uma definição exaustiva de bem jurídico, cabe acentuar a sua função negativa de legitimação: pese embora o bem jurídico não forneça a conduta que tem de ser incriminada, indica, juntamente com os princípios do direito penal da fragmentariedade, da subsidiariedade e de ultima ratio, a montante, e com as finalidades das penas, a jusante, o que pode ser legitimamente tutelado através deste ramo do direito”. In SOUSA, Susana Aires de – Sobre o bem jurídico-penal protegido nos crimes contra a humanidade. Boletim da Faculdade de Direito. Volume LXXXIII, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. ISSN 0303-9773. (outubro 2008). P. 7 e 8

¹³⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, idem ibidem, p. 144

¹³⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, idem ibidem, p. 154

Ao Direito Penal cabe agir de acordo com o princípio da proporcionalidade, ou seja, tentar harmonizar os interesses que estão a conflitar, os quais devem ser devidamente ponderados de forma a proibir quaisquer excessos. Significa isto que a pena deve ser adequada ao caso concreto e tendo em vista as finalidades pretendidas, além de que deve existir uma intervenção mínima, a qual somente ocorre porque as outras áreas não o fizeram. Por sua vez, a proporcionalidade em sentido estrito está correlacionada com a adequação, ou seja, a pena deverá ser tão grave quanto o mal causado.

De acordo com Germano Marques da Silva¹³⁶, “...o recurso ao direito penal é injustificado ou supérfluo quando a tutela do bem jurídico for eficaz mediante sanções de natureza não penal; em paridade de eficácia dos instrumentos de tutela, o legislador deve optar por aqueles que limitem menos os direitos das pessoas”. Destarte, se o Direito Penal não intervir apenas na medida da sua subsidiariedade, não conseguirá alcançar o efeito preventivo pretendido. É subsidiário na medida em que não protege ou não intervém em todas as situações em que estamos perante uma conduta que afeta um bem jurídico negativamente, apenas exerce a sua função naquelas situações pautadas por uma elevada danosidade social e que constituem um verdadeiro crime¹³⁷.

Um dos bens jurídicos com maior relevância é o da dignidade da pessoa humana¹³⁸. Para Maria João Antunes¹³⁹, esta não deve ser vista como um bem jurídico mas sim como um ideal que preside a um Estado de Direito e do qual iremos retirar concretos bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal. E acrescenta, “ No que à procriação medicamente assistida se refere, mais se afirma que «ao remeter para a dignidade da pessoa humana, o artigo 67º n.º2 alínea e) da Constituição da República Portuguesa pretende, primeiramente, salvaguardar os direitos das pessoas que mais diretamente poderão estar em causa por efeito da aplicação de técnicas de procriação assistida, e, em especial, o direito à integridade física e moral (artigo 25º), o direito à identidade pessoal, à identidade genética, ao

¹³⁶SILVA, Germano Marques da, *idem ibidem*, p. 78

¹³⁷Nas palavras do Autor, “A pena criminal é uma amarga necessidade, um ato de força, a ultima ratio de que lança mão a sociedade para fazer respeitar as suas normas. Cumprindo o direito penal uma função de proteção da sociedade e da pessoa, a aplicação da pena só pode ser aceite quando seja necessária para essa proteção. O poder punitivo deve ajustar-se simultaneamente ao humanitarismo, que não deve entender-se como simples caridade ou benevolência, mas como manifestação do respeito pela pessoa, e à necessidade social do castigo”. In SILVA, Germano Marques da, *idem ibidem*, p. 87.

¹³⁸Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana ver OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto – O princípio da dignidade da pessoa humana e a regulação jurídica da bioética. *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Coimbra: Coimbra Editora, ISSN: 1646-0359, 15:8 (2011). Pp. 29-33.

¹³⁹ANTUNES, Maria João – Procriação Medicamente Assistida – Questões Novas ou Questões Renovadas para o Direito Penal? *op. cit.*, p. 87.

desenvolvimento da personalidade e à reserva da intimidade da vida privada e familiar (artigo 26º), o direito a constituir família (artigo 36º) e, ainda, o direito à saúde (artigo 64º)”¹⁴⁰.

3.3. A procriação assistida no Código Penal – o antes e o agora

O primeiro Código Penal veio a ser aprovado corria o ano de 1852. Era um Código que apelava muito aos princípios gerais, onde se notava a falta de jurisprudência e que não continha praticamente nenhuma disposição relacionada com o Direito da Medicina¹⁴¹. Aliás, no seu preâmbulo podia mesmo ler-se que a lei não podia formular senão a regra geral, sendo que depois caberia a cada Juiz, mediante o caso concreto, graduar a duração da pena. Não obstante ser desajustado quer à realidade quer em comparação com os outros países, esteve em vigor durante 34 anos. Em 1979 surgiu o Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal, de Eduardo Correia, um projeto com uma forte componente de prevenção especial, e mais tarde o Decreto-Lei 400/82 de 23 de setembro veio a aprovar o C.P. de 1982, que só veio a ser revisto em 1995¹⁴².

Para Rafael Vale e Reis¹⁴³ importa distinguir o modelo de atuação do Direito Penal, enunciando dois sistemas, o maximalista e o de complementaridade. Na perspetiva do maximalista, o Direito Penal apenas iria prever as linhas gerais da P.M.A, deixando os aspetos mais civilísticos, administrativos e pormenorizados para os diplomas que a regulam especificamente. Seria o caso do modelo da Alemanha, cujo diploma apenas tipifica as condutas incriminadoras e estabelece princípios gerais e fundamentais. Por sua vez, no modelo da complementaridade, aquele que é utilizado em Portugal, já não é o Direito Penal a definir os traços gerais e as traves mestras, tem um papel secundário. Essa definição cabe aos regulamentos específicos sobre a P.M.A que, não obstante, contém alguns tipos incriminadores.

Antes do aparecimento da Lei da P.M.A, o Código Penal tentou estabelecer alguns traços gerais neste âmbito, resvalando um pouco para o modelo maximalista. No entanto, nas palavras do autor, “O

¹⁴⁰ANTUNES, Maria João, *idem ibidem*, p. 88.

¹⁴¹DIAS, Figueiredo/MONTEIRO, Sinde - Responsabilidade médica em Portugal. Boletim do Ministério da Justiça. Lisboa: Procuradoria-Geral da República. N.º 332, (1984). P. 60.

¹⁴²Sobre a evolução do C.P. ver DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal – Parte Geral – Tomo I – Questões fundamentais; A Doutrina Geral do Crime**, op. cit., p. 66 ss e CORREIA, Eduardo – **Direito Criminal**, reimpressão, Coimbra: Livraria Almedina, 1997, ISBN 972-40-0123-7, p. 101 ss.

¹⁴³REIS, Rafael Vale e, Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida - A criminalização do recurso à Maternidade de Substituição e outras opções legais duvidosas. Lex Medicinae - Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Coimbra: Coimbra Editora, ISSN: 1646-0359, 13:7 (2010). P. 71.

Código Penal não pretendeu, todavia, ser o ponto de partida para a regulamentação pormenorizada da P.M.A, nem sequer relativamente aos pontos que poderiam merecer intervenção «neocriminalizadora», tarefa que, reconhecidamente, se entendeu dever cumprir-se na produção de legislação extravagante”¹⁴⁴.

3.4. A Procriação Artificial não consentida

No Anteprojeto do C.P. de 1979, o artigo 256º previa a punição de “quem praticasse inseminação artificial em mulher casada com o seu consentimento, mas sem o consentimento do outro cônjuge, bem como o da mulher casada que fizesse inseminação artificial por ela própria sem o consentimento do outro cônjuge”¹⁴⁵. O n.º 2, por sua vez, estipulava um agravamento da pena no caso de existir dador. Aqui punia-se a realização da inseminação artificial feita em mulher casada sem o consentimento do seu cônjuge, com uma pena de prisão até dois anos. Já não era a liberdade da mulher o bem jurídico protegido, mas sim a família, os deveres conjugais e o desejo que a mulher tinha em ter filhos.¹⁴⁶ Desta forma, ao proteger-se a instituição familiar exigindo o consentimento do cônjuge, também se estava a restringir o acesso a estas técnicas apenas a casais unidos matrimonialmente.

De acordo com Costa Andrade¹⁴⁷, o mesmo era aplicável nas outras técnicas de P.M.A, afirmando que “Tudo permite assim concluir que o legislador penal português propende a acompanhar A. Kaufmann quando refere «a afirmação de que toda a fecundação extra-corporal é contrária à ética (posição doutrinal oficial da Igreja Católica) é grotesca já que pelo processo normal são procriadas muitas crianças em circunstâncias mais indignas e com mito menos amor”. Mais tarde, tal artigo não veio a constar do C.P. Como antes do aparecimento do C.P. todas as intervenções médico cirúrgicas eram vistas e processadas como ofensas corporais, o Código, não obstante não aceitar a proposta de Eduardo Correia e individualizar o crime na área da procriação assistida, sentiu a necessidade de distinguir as ofensas corporais da reprodução assistida. Assim, veio a consagrar as técnicas e tratamentos de superação da infertilidade no artigo 150º C.P., embora não tivessem finalidade terapêutica, e as ofensas corporais no artigo 158º C.P.

¹⁴⁴REIS, Rafael Vale e, *idem ibidem*, p. 72.

¹⁴⁵ANTUNES, Maria João – Procriação Medicamente Assistida – Questões Novas ou Questões Renovadas para o Direito Penal? *op. cit.*, p. 86.

¹⁴⁶ANTUNES, Maria João, *idem ibidem*, p. 86 e 87.

¹⁴⁷ANDRADE, Manuel da Costa -Direito Penal e modernas técnicas biomédicas, *op. cit.*, p. 118.

Já no Projeto do C.P. de 1982 o legislador sentia uma necessidade de regular especificamente esta prática, afirmando Augusto Lopes Cardoso¹⁴⁸ que “Trata-se de um tipo novo de crime que vem prever uma situação nova ou, pelo menos, nova no seu significado social. A evolução técnica e das concepções ético-sociais tem contribuído para o aumento extraordinário da prática da inseminação artificial. Ao legislador compete averiguar a possibilidade de atos ilícitos no seio desta prática e puni-la, se for caso disso”. O legislador inicialmente tentou descolar-se deste âmbito, descomprometer-se, mas acabou por entender a necessidade da sua regulação específica.

Assim, o Código de 1982 veio estipular, no seu artigo 214º, a proibição da inseminação artificial efetuada sem o consentimento da mulher, sem distinguir se se tratava de uma inseminação heteróloga ou homóloga e deixando de lado outras técnicas como a fertilização in vitro. Aqui o legislador pretendeu proteger a liberdade pessoal da mulher, nomeadamente a liberdade de e para a maternidade, nas palavras de Costa Andrade¹⁴⁹, o que se configura numa dupla vertente, na liberdade de escolher ser mãe ou de escolher não o ser. No entanto, apenas a dimensão negativa é aqui protegida penalmente, ou seja, apenas intervém a tutela penal quando a mulher escolhe não ser mãe e essa sua vontade é contrariada, não existindo o seu consentimento. Previa uma pena de prisão de 1 a 5 anos no caso de não existir consentimento, mas já não se distinguia entre mulher casada e não casada, sendo irrelevante, no caso de o ser, o consentimento do marido¹⁵⁰.

3.4.1. A Previsão atual

Atualmente, a procriação artificial não consentida encontra-se prevista no artigo 168º C.P. Esta norma resulta da revisão operada no C.P. em 1995, com o Decreto-Lei n.º 48/95 de 15 de março, passando a substituir o antigo artigo 214º da primeira versão do C.P. De acordo com a norma, “Quem praticar ato de procriação artificial em mulher, sem o seu consentimento, é punido com pena de prisão de um a oito anos.” Desde logo em relação à previsão anterior, no artigo 214º sobre o qual já nos debruçámos, podemos concluir que a norma abrange agora todas as técnicas de P.M.A e não apenas

¹⁴⁸CARDOSO, Augusto Lopes, Procriação humana assistida - alguns aspectos jurídicos. Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa: Ordem dos Advogados. ISSN 0870-8118. 1:51 (1991), p. 14.

¹⁴⁹ANDRADE, Manuel da Costa -Direito Penal e modernas técnicas biomédicas, op. cit, p. 117.

¹⁵⁰GUIMARÃES, Ana Paula -Alguns problemas jurídico-criminais da Procriação Medicamente Assistida, op. cit, p. 31.

a inseminação artificial, tendo também a moldura penal aumentado, com um limite máximo a passar de 5 para 8 anos. Um dos motivos que levou a esta maior abrangência da norma foi certamente a neocriminalização, ou seja, o facto de o Direito Penal se ter visto confrontado com técnicas biomédicas cada vez mais evoluídas e com um aparecimento muito acelerado, tentando fazer face ao mesmo. Assim, nas palavras de Anabela Miranda Rodrigues e Sónia Fidalgo¹⁵¹, nesta disposição “a neocriminalização consiste na punição de qualquer ato de reprodução medicamente assistida, sem consentimento da mulher”. Esta norma teve também na sua base o respeito e a proteção pelos princípios constitucionalmente consagrados, tais como da garantia da dignidade pessoal, proteção da família e da saúde.

É compreensível que práticas como a clonagem e a manipulação genética, embora sejam também proibidas, não estivessem especificamente incluídas no C.P., dada a estabilidade pela qual prima este Código e o facto de, por outro lado, estarmos perante práticas onde, além da difícil definição do bem jurídico, podem até nem sair do plano da lei, pelo que se regulou em diplomas extravagantes. A este propósito referem Anabela Rodrigues e Sónia Fidalgo¹⁵² que “A vocação de permanência, estabilidade e fixidez deste diploma, em contraste com o ritmo das inovações científicas nesta matéria, aconselha, pelo contrário, a que a sua regulação se faça em legislação extravagante”.

A norma do 168º não distingue se os atos de procriação artificial são efetuados ou não na constância do casamento e se o material genético é do marido ou de dador. No que diz respeito à inseminação post mortem, esta não é relevante para o Direito Penal pois, nas palavras da Autora mencionada, embora até pudesse preencher o critério dignidade penal, dado o interesse do filho aqui em causa, não preencheria o critério da necessidade, pois existem outros meios menos gravosos e suficientes para acautelar a situação, entendimento do qual partilhamos. De acordo com a Autora¹⁵³, “...não cabe do Direito Penal, enquanto um direito de tutela subsidiária de bens jurídicos, incriminar a prática da inseminação post mortem por mais desfavorável que seja a opinião generalizada na

¹⁵¹DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.) - **Comentário conimbricense do Código Penal: parte especial**, 2ª edição, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, ISBN 978-972-32-2061-2, p. 782.

¹⁵²RODRIGUES, Anabela Rodrigues; FIDALGO, Sónia - Artigo 168º - Procriação Artificial não consentida. In **Comentário Conimbricense do Código Penal - Tomo I Parte Especial (artigos 131º a 201º)**, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2061-2, p. 783.

¹⁵³GUIMARÃES, Ana Paula - **Alguns problemas jurídico-criminais da Procriação Medicamente Assistida**, op. cit, p. 41.

sociedade acerca dela. A criminalização desta prática representaria a tutela jurídico criminal da instituição familiar”.

Uma das questões que foi suscitada, como refere o autor Maia Gonçalves¹⁵⁴, foi a integração desta procriação artificial não consentida na secção dos crimes contra a liberdade sexual. Nas suas palavras, tal explica-se porquanto “Foi, porém, considerado que tal tipo de procriação tem subjacente uma violação do organismo feminino sem pénis, em todo o caso com introdução de sémen”. A integração naquela secção foi muito discutida, dado que o bem jurídico em causa era a liberdade de ser mãe e não a sua liberdade sexual.

O bem jurídico aqui protegido é a liberdade pessoal da mulher, mais concretamente a liberdade para a maternidade¹⁵⁵, que se pode traduzir na liberdade de querer ou não querer ser mãe. Nesta norma protege-se apenas a dimensão negativa, punindo a falta de consentimento da sua parte. É um crime de dano e de mera atividade¹⁵⁶, sendo irrelevante o tipo de técnica utilizada, tal como o consentimento do cônjuge¹⁵⁷. Dado estar tipificado como um crime sexual, aplica-se o previsto no artigo 177º C.P., que prevê as agravantes do crime, nomeadamente se a vítima for menor de idade e se do comportamento descrito resultar gravidez¹⁵⁸. É de salientar que o crime se consuma, como referem Anabela Rodrigues e Sónia Fidalgo¹⁵⁹, “...no momento em que se viola a liberdade da mulher de não querer ser mãe, isto é, desde que se leva a efeito a prática de um ato de reprodução assistida não desejada (por exemplo: introdução de sémen ou de embrião fecundado)”. Assim, a gravidez, não obstante ser uma agravante, não é um elemento do crime.

¹⁵⁴GONÇALVES, Manuel Lopes Maia - **Código Penal Português anotado e comentado: legislação complementar**, 14ª edição, Coimbra: Almedina, 2001, ISBN 972-40-1451-7, p. 559.

¹⁵⁵GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *idem* *ibidem*, p. 560.

¹⁵⁶Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual são normalmente crimes de dano, no que diz respeito à lesão do bem jurídico, e crimes de mera atividade no que diz respeito ao objeto da ação. Trata-se de um crime de mera atividade porque a consumação do crime se verifica apenas pela mera execução e um comportamento humano, não se colocando aqui o problema da imputação objetiva do resultado à ação. Por sua vez, nos crimes de resultado, existe um efeito sobre o objeto da ação que se distingue no tempo e espaço da própria ação.

¹⁵⁷ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - **Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008, ISBN 978-972-54-0220-7, p. 462.

¹⁵⁸ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *idem* *ibidem*, p. 462.

¹⁵⁹RODRIGUES, Anabela; FIDALGO, Sónia - Artigo 168º - Procriação Artificial não consentida, *op. cit.*, p. 793.

Além de se tratar de um crime semipúblico e, portanto, depender de queixa, exceto se for praticado contra menor ou dele resultar morte ou suicídio da vítima, conforme estipulado no artigo 178º n.º1 C.P., no que diz respeito ao tipo subjetivo de ilícito, trata-se de um crime que exige dolo, sendo que no caso de se estar numa situação em que se desconhece que não existe consentimento, o autor do crime será punido a título de tentativa.¹⁶⁰

3.4.2. A criminalização da falta de consentimento

Após a análise ao crime de Procriação Artificial não consentida, podemos desde logo afirmar que a questão fundamental e que tipifica a conduta como crime ou não, é a falta ou existência de consentimento. Se numa versão inicial se propunha a criminalização de condutas inerentes à P.M.A onde não existisse consentimento do cônjuge da beneficiária das técnicas, atualmente o mesmo não se encontra previsto. Dispõe o artigo 149º n.ºs 1 e 2 C.P. que “Para efeito de consentimento a integridade física considera-se livremente disponível. 2 - Para decidir se a ofensa ao corpo ou à saúde contraria os bons costumes tomam-se em conta, nomeadamente, os motivos e os fins do agente ou do ofendido, bem como os meios empregados e a amplitude previsível da ofensa...”¹⁶¹. Destarte, podemos desde logo concluir que, no âmbito das técnicas de P.M.A, é possível existir uma disposição do seu próprio corpo, desde que exista consentimento do titular do direito. A única barreira ou limite que se impõe são os bons costumes, que terão sempre em conta quer os meios utilizados quer as finalidades pretendidas.

Nos artigos 155º e 156º do Código Penal Espanhol pode ler-se “Nos delitos de lesões em que tenha existido um consentimento válido, livre, espontâneo e expressamente emitido pela vítima, impor-se-á uma pena inferior em um ou dois anos. O consentimento dado por um menor ou uma pessoa com deficiência que necessitam de proteção especial não será válido.” e “Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, o consentimento válido, livre, consciente e expressamente emitido afasta a responsabilidade penal em casos de transplante de órgão, realizado em conformidade com as

¹⁶⁰ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, op. cit., p. 462.

¹⁶¹Foi acrescentado um n.º 3, segundo o qual “O consentimento da vítima do crime previsto no artigo 144º-A não exclui em caso algum a ilicitude do facto”, referindo-se à mutilação genital e feminina, através da Lei n.º 83/2015 de 5 de agosto. Esta veio autonomizar o crime de mutilação genital feminina, criando os crimes de perseguição e casamento forçado e alterando os crimes de violação, coação sexual e importunação sexual, em cumprimento do disposto na Convenção de Istambul.

disposições da lei, esterilizações e cirurgia transexual realizadas por opcional, a menos que o consentimento tenha sido obtido de forma irregular, ou em que exista preço ou recompensa ou o estejamos perante um menor que carece de capacidade de o fornecer...” (tradução livre)¹⁶².

No que diz respeito ao nosso Código, como vimos anteriormente, o que fundamenta e origina o ilícito penal não é a lesão do bem jurídico mas a violação da vontade do titular do direito que está a ser protegido, ou seja, o bem jurídico protegido - a liberdade de e para ser mãe - é violada indiretamente, através da violação dessa vontade¹⁶³. Para que a disposição se aplique é necessário estarmos perante uma ofensa corporal típica, como é o caso das intervenções médico-cirúrgicas. No entanto, de acordo com Costa Andrade¹⁶⁴ “...poderá já intervir e justificar – muitas vezes será mesmo a única dirimente possível da ilicitude – outros atentados à integridade física que, levadas a cabo por médico, não são subsumíveis no regime das intervenções médico-cirúrgicas. Como a extração de órgãos ou tecidos para transplantes e determinadas formas de esterilização, experimentação médico-científica, transsexualismo, intervenções de finalidade cosmética, etc.”

Não cabem aqui as situações em que a pessoa se coloca em risco de forma consciente e livre, sabendo das consequências que daí poderiam advir, ou mesmo aquelas situações em que, sabendo dos riscos, põe-se em perigo através da ação de outra pessoa. Para que seja eficaz, este consentimento tem de ser livre e esclarecido, sendo que a sua validade se reporta ao momento da declaração. Para Augusto Lopes Cardoso¹⁶⁵, a simples falta de existência de consentimento não implica uma intervenção da tutela penal a não ser que estejamos, por exemplo, perante uma recolha de material fraudulenta, provocada, contra a vontade. Afirma ainda o autor que de qualquer forma esta falta de consentimento será sempre passível de uma obrigação de indemnização de responsabilidade civil, ainda que somente por danos morais.

¹⁶²Artigos 155º e 156º do Código Penal Espanhol (Código Penal Y Legislación Complementaria), disponível em WWW: <URL: file:///C:/Users/Samsung/Documents/Downloads/BOE-038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria.pdf. [Consult. 3/06/2017].

¹⁶³Neste sentido ver RODRIGUES, Anabela; FIDALGO, Sónia - Artigo 168º - Procriação Artificial não consentida, op. cit., p. 790.

¹⁶⁴ANDRADE, Manuel da Costa -Direito Penal e modernas técnicas biomédicas, op. cit, p. 122.

¹⁶⁵CARDOSO, Augusto Lopes, Procriação humana assistida - alguns aspectos jurídicos, op. cit., p. 14.

3.5. A Lei da Procriação Medicamente Assistida – análise das normas incriminadoras

Na origem da Lei n.º 32/2006 de 26 de julho esteve, entre outros, o Decreto da Assembleia da República n.º 64/X. De acordo com o Presidente da República, que veio a promulgar o Decreto, esta trava-se de uma área que carecia de enquadramento normativo, dado que “Trata-se de uma matéria complexa do ponto de vista biomédico, social e jurídico e de implicações muito sensíveis no âmbito da investigação científica, da qual podem resultar significativos benefícios e renovadas esperanças para um número crescente de doentes, aspetos que devem ser conjuntamente ponderados”¹⁶⁶.

Importa, desde logo, questionar o porquê de o legislador ter sentido a necessidade de consagrar nesta Lei 12 diferentes crimes, 4 contraordenações e 6 sanções acessórias, como afirma Faria Costa¹⁶⁷, para além daquilo que já se encontrava tipificado no C.P. Esta necessidade de tutela específica deriva, em grande medida, do facto de estarmos num âmbito que se encontra em constante evolução, que é a área da medicina. E o facto de essa inovação nos proporcionar novas e diferentes técnicas, obriga-nos a responder a esses desafios e a estar preparados para todos os seus benefícios, mas também para os riscos que pode comportar. Existem aqui, como já analisámos, vários direitos em causa, desde o direito à vida aos direitos de personalidade, que merecem aqui a tutela penal. Por esse motivo, o legislador sentiu a necessidade de reprimir determinados comportamentos que atentem contra estes direitos, mas somente em último caso, como é seu apanágio.

Como referem Paulo Pinto de Albuquerque e José Branco¹⁶⁸, “A intervenção legislativa apenas reconduz ao direito penal a conduta que lesa o ético-social, que perturba a paz social e jurídica e, ainda assim, o punir ou não punir depende de uma margem de livre apreciação e das políticas legislativas... Os limites são, sim, impostos pela adequação e proporcionalidade entre o princípio violado, a conduta e a resposta legal”.

Como já vimos no capítulo anterior, a P.M.A visa ultrapassar a infertilidade de quem foi diagnosticada com essa condição, sendo que as técnicas utilizadas têm como propósito assemelhar esta reprodução o mais possível à concepção natural. Nas palavras das Autoras Anabela Rodrigues e

¹⁶⁶ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de/ BRANCO, José (Org.) - **Comentário das Leis Penais Extravagantes**, Vol. 2. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, ISBN 9789725402900, P. 563.

¹⁶⁷RODRIGUES, Anabela; FIDALGO, Sónia - Artigo 168º - Procriação Artificial não consentida, op. cit, p. 783.

¹⁶⁸ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de/ BRANCO, José (Org.) - **Comentário das Leis Penais Extravagantes**, op. cit, p. 565.

Sónia Fidalgo¹⁶⁹, “No horizonte da racionalização e legitimação do discurso da criminalização, a intervenção penal no domínio das técnicas biomédicas tem implicações em dois sentidos opostos. Desde logo, a tendência criminalizadora deve prevenir-se contra excessos. (...) Em um segundo sentido, a tendência criminalizadora orienta-se para a neocriminalização...que consiste na punição de qualquer ato de reprodução medicamente assistida, sem consentimento da mulher”.

Já não é apenas a inseminação artificial que reclama a intervenção penal, como era previsto na nossa lei penal, existem outras técnicas e comportamentos inerentes à procriação assistida que devem também ser tutelados, os quais iremos de seguida analisar.

No que diz respeito às contraordenações aqui previstas, importa aferir se estamos aqui perante um concurso de infrações. De acordo com o artigo 20º do R.G.C.O, “Se o mesmo facto constituir simultaneamente crime e contraordenação, será o agente sempre punido a título de crime, sem prejuízo da aplicação das sanções acessórias previstas para a contraordenação”. Significa isto que o legislador devia ter sido mais direto na previsão destas normas, consagrando expressamente a opção por uma ou outra. A própria distinção entre Direito Penal e Direito de Ordenação Social¹⁷⁰ tem sido bastante discutida. Em ambas estamos perante valores ou bens jurídicos sociais, e a verdade é que “a evolução legislativa recente tem ido no sentido oposto à ideia histórica inicial da quase total autonomia e separação entre estes dois sectores do direito público sancionatório”¹⁷¹.

Pode ler-se no preâmbulo do R.G.C.O “o aparecimento do direito das contraordenações ficou a dever-se ao pendor crescentemente intervencionista do Estado contemporâneo, que vem progressivamente alargando a sua ação conformadora aos domínios da economia, saúde, educação, cultura, equilíbrios ecológicos, etc. Tal característica, comum à generalidade dos Estados das modernas sociedades técnicas, ganha entre nós uma acentuação particular por força das profundas e conhecidas transformações dos últimos anos, que encontraram eco na Lei Fundamental de 1976”. Este direito de ordenação social, como referido no preâmbulo do diploma, é autónomo e independente do Direito Penal e de forma a que se tornasse também ele um direito mais eficaz, foram necessárias algumas transferências.

¹⁶⁹RODRIGUES, Anabela; FIDALGO, Sónia - Artigo 168º - Procriação Artificial não consentida, op. cit, p. 781 e 782.

¹⁷⁰Sobre os polos de convergência e divergência material entre o Direito Penal e o Direito Contra Ordenacional ver BRANDÃO, Nuno - **Crimes e Contra-ordenações: da cisão à Convergência material**, Coimbra: Coimbra Editora, 2016, ISBN 978-972-32-2314-9, p. 565 ss.

¹⁷¹CARVALHO, Américo Taipa de - **Direito Penal, Parte Geral – Questões Fundamentais Teoria Geral do Crime**, op. cit., p. 117

Pode ler-se, ainda, que “Também o novo Código Penal, ao optar por uma política equilibrada da descriminalização, deixa aberto um vasto campo ao direito de ordenação social naquelas áreas em que as condutas, apesar de socialmente intoleráveis, não atingem a dignidade penal.” Ora a fim de aferir se uma conduta configura um crime ou uma contraordenação, importa analisar os respetivos conceitos. Um comportamento que viole a lei é considerado crime. Não obstante, existem alguns desses comportamentos que têm uma menor relevância, são vistos como menos graves, que são as contraordenações. Por esse motivo as mesmas são punidas com uma coima, ao contrário do crime onde se pode aplicar pena de prisão.

Posto isto, refere o artigo 38º R.G.C.O que quando exista um concurso entre um crime e uma contraordenação, o processamento da contraordenação estará a cargo das autoridades competentes para o processo criminal. Sobre isto referem Ana Vitorino e Luísa Sobral¹⁷² que “Parece que há aqui uma incongruência a nível legislativo, dado que se verifica uma sobreposição de incriminações, a título de crime e contraordenação, para a mesma conduta. Tal opção deveria ser mais clara já que se trata de uma opção a nível de política criminal” ou seja, as duas disposições não podem ser aplicadas simultaneamente. Aquilo que se pode vir a aplicar simultaneamente quer com o ilícito criminal, quer com o ilícito contraordenacional, é uma sanção acessória, estando as mesmas previstas no artigo 45º da Lei da P.M.A. De acordo com a norma, podem ser aplicadas sanções acessórias como uma injunção judiciária, interdição temporária do exercício de atividade ou profissão, privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos outorgados por entidades ou serviços públicos, encerramento temporário de estabelecimento, cessação da autorização de funcionamento e publicidade da decisão condenatória¹⁷³.

3.5.1. O artigo 34º e os centros autorizados

A lei da P.M.A contém várias normas incriminadoras, para além de estabelecer ilícitos de contraordenação, no seu artigo 44º e ainda sanções acessórias. No que diz respeito aos 10 artigos que consagram os tipos incriminadores, o primeiro dos artigos – artigo 34º - refere que “Quem aplicar

¹⁷²ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de/ BRANCO, José (Org.) -*Comentário das Leis Penais Extravagantes*, op. cit, p. 572.

¹⁷³Sobre as penas acessórias ver DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal Português – as consequências jurídicas do crime*, op. cit., p. 203 ss.

técnicas de P.M.A, incluindo as realizadas no âmbito das situações de gestação de substituição previstas no artigo 8.º, fora dos centros autorizados é punido com pena de prisão até 3 anos.”.

Este artigo deve ser interpretado de acordo com o disposto no artigo 5º desta mesma Lei. De acordo Ana Vitorino e Luísa Sobral¹⁷⁴, o bem jurídico que aqui se visa proteger é a dignidade humana¹⁷⁵ de quem beneficia destas técnicas, na medida em que a sua prática em centros autorizados garante uma maior segurança na aplicação daquelas. Além disso, garante que todos os intervenientes são devidamente informados, são acompanhados, que todo o procedimento será aplicado com qualidade e de forma a proteger quer os bens jurídicos de natureza pública, como a dignidade humana, quer os de natureza privada, como a integridade física e a saúde daquele que recorre à P.M.A.

Também se pretende, no nosso entendimento, proteger o sistema médico, na medida em que passa a imagem de que este se preocupa com a infertilidade e atua no sentido de a ultrapassar, sendo os únicos com competência para tal, como também pretende prevenir o designado turismo reprodutivo embora, a nosso ver, de forma algo infeliz. Isto porque se alguém que não reúne as condições necessárias pretender, por exemplo, praticar uma destas técnicas, naturalmente procurará o acesso à P.M.A noutros países. Por isso importa esclarecer primeiro se estes centros autorizados se referem apenas ao nosso país, o que nos parece ser o entendimento correto, ou se permitem essa deslocação, extravasando a competência portuguesa. Acreditamos que o legislador pretendeu, essencialmente, deter algum controlo sobre esta prática e garantir que tudo é processado conforme as condições mais adequadas e de forma a proteger a integridade física de cada um.

Assim, para que ocorra o crime previsto basta que se aplique a técnica, não se encontrando dependente do resultado, e este apenas pode ser cometido por determinadas pessoas, como médicos, bioquímicos, entre outros. Isto implica que a tipicidade requer que neste caso, para que ocorra o crime, não só o centro não se encontre autorizado a praticar estas técnicas, como as pessoas que nele

¹⁷⁴ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de/ BRANCO, José (Org.), idem ibidem, p. 568 e 569.

¹⁷⁵A dignidade humana não reúne consenso quanto ao facto de estarmos perante um bem jurídico ou não. Na perspectiva de Nuno Brandão “A dignidade humana como valor fundante e transversal a todo o sistema jurídico não está em condições de desempenhar a função de específico referente e padrão crítico da criminalização que deve ser própria de um bem jurídico-penal. Para quem queira, ainda assim, conferir-lhe o estatuto de bem jurídico-penal, será em todo o caso mais prudente reservar-lhe esse eventual papel para situações em que a vítima é submetida a uma condição infra-humana, por acção de um seu semelhante, com um consequente absoluto aniquilamento da sua dignidade pessoal”. In BRANDÃO, Nuno, A tutela penal especial reforçada da Violência Doméstica. Julgar. Coimbra: Coimbra Editora, ISSN 1646-6853, N.º 12 (2010). P. 7.

trabalham tenham conhecimento de tal facto. Dado os bens jurídicos que visa proteger, trata-se de um crime de natureza pública, pelo que não depende de queixa ou acusação particular, e o comportamento só releva se existir dolo, ou seja, se aqueles que trabalham no centro aplicarem a técnica, tendo perfeito conhecimento de que essa aplicação é proibida¹⁷⁶.

Na opinião de Rafael Vale e Reis¹⁷⁷, é de duvidar que exista aqui uma intervenção do Direito Penal em cumprimento do princípio da sua atuação subsidiária, isto porque acaba por abranger situações como a inseminação caseira, que não é praticada em centros legalmente autorizados. No seu entendimento “O ímpeto «neocriminalizador» deveria ter sido refreado, com a consequente não criação da proibição ou a sua circunscrição, por exemplo, aos casos em que da aplicação de técnicas de P.M.A fora dos centros autorizados resultem danos para a saúde dos beneficiários ou do nascituro (ou resulte perigo de lesão de outros bens jurídicos)”.

Não podemos partilhar deste entendimento, na medida em que, sendo a inseminação artificial praticada fora dos centros autorizados e com competência para tal, será de elevada dificuldade, senão mesmo impossível, aferir se daí resultaram danos para a criança. Aquando do seu nascimento, ninguém saberá de que forma esta foi gerada nem como se deu o procedimento, apenas a beneficiária que a praticou terá conhecimento disso e, com grande probabilidade, não irá divulgar a informação. Veja-se, a título de exemplo, o caso de Beatriz Duarte¹⁷⁸, que em 2008 foi pioneira em divulgar a sua história de inseminação artificial, algo que já vinha sendo praticado mas nunca divulgado. Ou seja, sem pessoas com competência para acompanhar e levar a cabo os procedimentos necessários, para acompanhar a gestação e controlar riscos e eventuais transmissões de doenças genéticas, não existirá qualquer controlo sob o feto e os danos que podem advir, colocando-se em causa a sua vida.

É ainda de realçar que o artigo 44º b) da Lei da P.M.A prevê ainda a aplicação de uma contraordenação num valor a definir entre 10.000,00€ a 50.000,00€ no caso de pessoas singulares, podendo ir até ao máximo de 500.000,00€ nas pessoas coletivas, no caso de existir esta aplicação fora

¹⁷⁶ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de/ BRANCO, José (Org.), idem ibidem, p. 571.

¹⁷⁷REIS, Rafael Vale e, Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida - A criminalização do recurso à Maternidade de Substituição e outras opções legais duvidosas. Op. cit., p. 75.

¹⁷⁸Para mais informações consultar o artigo disponível na Internet em <URL: <https://www.publico.pt/destaque/jornal/lesbica-conta-como-fez-inseminacao-artificial-caseira-279232>> [Consult. 22/04/2017].

dos centros autorizados. Existindo negligência, os valores serão reduzidos para metade, como dispõe o n.º 2 desta norma.

3.5.2. O artigo 35º e os beneficiários das técnicas

O artigo 35º, por sua vez, dispõe que as técnicas só podem ser praticadas por quem tenha pelo menos 18 anos e não esteja interdito ou inabilitado por anomalia psíquica, quer sejam de sexo diferente ou casais de mulheres, casados ou em união de facto e inclusive todas as mulheres, ainda que solteiras, sob pena de vir a ser punido com pena de prisão entre 2 a 8 anos. Embora seja estabelecida uma idade mínima de admissibilidade, não se prevê nenhuma idade máxima. Já nos debruçámos sobre esta temática no capítulo anterior, sendo que somos da opinião que este limite máximo devia estar expressamente consagrado na lei, de forma a não originar interpretações duvidosas. Isto porque a P.M.A surge como uma forma de combater a infertilidade, pelo que naturalmente devia ser aplicada a mulheres em período fértil, e o facto de este limite não se encontrar consagrado permite que mulheres que já tenha ultrapassado esse período possam aceder às técnicas.

Sobre isto referem Ana Vitorino e Luísa Sobral¹⁷⁹, que “Apesar de não se imporem limites etários máximos para os tratamentos de fertilidade, os médicos têm concordado na recusa da aplicação destes tratamentos a mulheres com mais de 50 anos de idade. É consensual que o recurso à P.M.A em idade avançada comporta riscos tanto para a futura mãe como para a criança que venha a nascer, o que tem permitido lançar o debate sobre a conveniência do estabelecimento de um limite legal de idade máxima para a utilização da procriação medicamente assistida”.

O bem jurídico aqui protegido é a dignidade da pessoa humana e a integridade física e moral de todos aqueles que são incapazes e, por isso, não conseguem prestar um consentimento livre e informado no âmbito da procriação assistida, bem como aqueles que vierem a nascer, sendo que esta proteção também abarca a vida intrauterina. Relativamente à incapacidade, referem as Autoras¹⁸⁰ já citadas que “A sujeição a técnicas de P.M.A, em menores de 18 anos, interditos ou inabilitados, consubstancia a prática de um crime, porquanto apenas os maiores e capazes têm condições para prestar o consentimento de acordo com o art. 14º da presente Lei” ou seja, apenas aqueles que são maiores de idade e são capazes reúnem as condições necessárias para apreender toda a informação

¹⁷⁹ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de/ BRANCO, José (Org.) -**Comentário das Leis Penais Extravagantes**, op. cit, p. 574.

¹⁸⁰ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de/ BRANCO, José (Org.), idem ibidem, p. 575.

que lhes é prestada pelos médicos, de forma a que, ponderando todos os riscos e benefícios, decidam de maneira livre e esclarecida.

Para que seja considerado crime, a conduta tem de ser praticada por profissionais de saúde, os quais conhecem a idade ou situação pessoal de quem vai beneficiar da técnica e, ainda assim a aplicam, bem sabendo que estão a cometer um ato punível por lei, ou seja, o crime exige dolo específico. Também a tentativa é punível, nos termos do artigo 22º e 23º n.º1 C.P., dada a pena máxima aplicável. A par da incriminação anterior, também aqui se prevê uma dupla incriminação, podendo ser aplicado um ilícito contraordenacional bem como sanções acessórias¹⁸¹.

No que diz respeito a esta norma, refere o autor Rafael Vale e Reis¹⁸² que pode existir um excesso de previsão normativa, dado que um casal infértil entre os 16 e os 18 anos não pode recorrer às técnicas da P.M.A e o médico que as aplicar incorre na prática deste crime aqui previsto. Até porque a lei fixou a idade núbil nos 16 anos. É de salientar que, ao abrigo do princípio de que a lei especial derroga a lei geral, quem vier a praticar técnicas de P.M.A numa mulher com idade inferior a 18 anos, será incriminado nos termos deste artigo, cuja moldura penal é mais grave do que a aplicável no caso de se aplicarem técnicas de P.M.A sem consentimento, nos termos do 168º C.P. Referem as autoras Anabela Rodrigues e Sónia Fidalgo¹⁸³ que a autora Maria João Antunes entende “o fato de este comportamento constituir também uma contraordenação é motivo para colocar em causa a incriminação prevista nesta norma, não porque implique necessariamente um duplo sancionamento, mas porque sugere que o legislador não se sentia assim tão seguro quanto à opção criminalizadora.

3.5.3. O artigo 36º e a clonagem reprodutiva

O artigo 36º da Lei da P.M.A criminaliza a clonagem reprodutiva com uma pena de prisão de 1 a 5 anos. A clonagem é definida como sendo “qualquer meio ou procedimento capaz de criar seres humanos idênticos entre si, seja atuando exclusivamente sobre pré-embriões, seja utilizando material celular de outros embriões, fetos ou seres humanos nascidos ou mortos, incluindo a sequência do

¹⁸¹ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de/ BRANCO, José (Org.), idem ibidem, p. 576.

¹⁸²REIS, Rafael Vale e, Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida - A criminalização do recurso à Maternidade de Substituição e outras opções legais duvidosas. Op. cit., p. 77.

¹⁸³RODRIGUES, Anabela; FIDALGO, Sónia - Artigo 168º - Procriação Artificial não consentida, op. cit, p. 792 e 793.

código genético dos indivíduos que se queira clonar”¹⁸⁴. Esta pode ser reprodutiva¹⁸⁵, sendo um procedimento que apenas foi experimentado em animais - um modelo de reprodução assexuada - e terapêutica, que visa reprogramar o crescimento celular, tentando criar órgãos e tecidos que depois possam ser transplantados¹⁸⁶. Ora o artigo 4º n.º2 da Lei da P.M.A estipula que “A utilização de técnicas de P.M.A só pode verificar-se mediante diagnóstico de infertilidade ou ainda, sendo caso disso, para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras”.

Este preceito abre uma exceção, ressalvando os casos em que a transferência seja necessária à aplicação das técnicas de P.M.A, podendo recorrer-se a esta enquanto medida terapêutica. Não obstante a própria epígrafe nos levar a crer que apenas criminaliza a clonagem reprodutiva, o facto de estar prevista esta exceção de forma tão generalizada pode constituir uma abertura a que se possa, precisamente, recorrer à clonagem reprodutiva enquanto técnica de procriação assistida. A ser assim interpretado, violaria o disposto no artigo 7º n.º1 da Lei da P.M.A, que estipula “É proibida a clonagem reprodutiva tendo como objetivo criar seres humanos geneticamente idênticos a outros”.

Este foi um dos motivos que levou um grupo de Deputados¹⁸⁷ a requerer a inconstitucionalidade e ilegalidade da Lei da P.M.A, por entenderem que o artigo 36.º admitia que fosse sancionada a clonagem reprodutiva, todavia não se encontravam previstos efeitos a aplicar ao infrator. Assim, estaríamos inclusive perante a violação de instrumentos internacionais como o Protocolo Adicional à Convenção de Oviedo relativo à clonagem humana e o artigo 11.º da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem, de 1997.

A este propósito veio o Tribunal Constitucional¹⁸⁸ esclarecer a forma como a norma deve ser interpretada. De acordo com o mesmo, “Desde logo, numa interpretação literal do preceito, verifica -se

¹⁸⁴ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de/ BRANCO, José (Org.) -**Comentário das Leis Penais Extravagantes**, op. cit, p. 578.

¹⁸⁵Para Rafael Vale e Reis, estão aqui em causa “...as situações em que se cria um embrião a partir de gâmetas de ambos os pais, utilizando um ovócito de uma dadora ao qual foi retirado o núcleo, gerando-se um embrião, através de transferência nuclear, que tem o DNA nuclear de ambos os pais, tudo com o fito de evitar o risco de transmissão de doença genética ligada ao citoplasma das gâmetas maternos”. //REIS, Rafael Vale e, Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida - A criminalização do recurso à Maternidade de Substituição e outras opções legais duvidosas. Op. cit., p. 78.

¹⁸⁶ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de/ BRANCO, José (Org.) -**Comentário das Leis Penais Extravagantes**, op. cit, p. 579.

¹⁸⁷ACÓRDÃO do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, op. cit..

¹⁸⁸ACÓRDÃO do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, idem bidem.

que a ressalva nele contida se refere, não à necessidade de recurso à transferência de núcleo como técnica de P.M.A, mas antes à necessidade de recurso à transferência de núcleo para a aplicação das técnicas de P.M.A. Deste modo, a letra da norma aponta para o carácter subordinado da transferência de núcleo em relação às técnicas de P.M.A enumeradas no artigo 2.º, e, nomeadamente, as consignadas nas alíneas b), c) e d) desse mesmo artigo. E assim permite -se que a transferência de núcleo possa servir como meio para a aplicação das técnicas legalmente autorizadas de P.M.A em vista das finalidades admitidas pelo artigo 4.º, n.º 2, não que ela possa ser, em si mesma, autonomizada”.

Refere ainda o Tribunal Constitucional¹⁸⁹ que “Tudo indica que a lei utiliza no artigo 7.º, n.º 1, um conceito restrito de clonagem reprodutiva, precisamente por pretender dele excluir as transferências funcionais de núcleo celular, isto é, aquelas transferências de núcleo que não têm como objetivo a transferência para a mulher de embriões clonados, geneticamente idênticos entre si ou a uma pessoa já nascida, e que não podem reconduzir -se a uma situação de clonagem reprodutiva (...) Nestes termos, a norma do artigo 36.º, n.º 1, da Lei n.º 32/2006 não pode ser entendida no sentido de não punir as situações de clonagem reprodutiva, e não consubstancia, portanto, uma violação do dever estadual de proteção da identidade genética do ser humano imposto pelo artigo 26.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa, nem viola qualquer outro dos preceitos constitucionais que foram invocados.”

Trata-se de um crime específico, que apenas pode ser cometido por profissionais de saúde, onde o agente tem o conhecimento de que ao transferir para o útero o embrião, está a tentar obter um ser humano geneticamente idêntico a outro. Aqui apenas se encontra prevista a pena de prisão e a aplicação de sanções acessórias¹⁹⁰.

A clonagem contende com direitos como a dignidade humana e a liberdade, direitos estes que são inerentes a uma não manipulação das características genéticas de cada um. Embora exista uma unanimidade na rejeição da clonagem, não significa que esta tenha de ser automaticamente criminalizada. De acordo com Costa Andrade¹⁹¹, a favor da sua criminalização pronunciou-se Eser, alegando fatores como a identidade genética de cada um, que seria o bem jurídico protegido, o qual

¹⁸⁹ACÓRDÃO do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, idem ibidem.

¹⁹⁰ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de/ BRANCO, José (Org.) -**Comentário das Leis Penais Extravagantes**, op. cit, p. 580.

¹⁹¹ANDRADE, Manuel da Costa -Direito Penal e modernas técnicas biomédicas, op. cit, 123.

confere a individualidade de cada pessoa. No sentido inverso cita Kaufmann, para quem torna-se mesmo ridículo penalizar esta prática quando está tão longe de se tornar real”.

3.5.4. O artigo 37º e a escolha de características não médicas

Além da clonagem reprodutiva, veio a ser criminalizada, no artigo 37º do diploma, a aplicação das técnicas de P.M.A com o objetivo de melhorar determinadas características não médicas do nascituro, como a escolha do seu sexo, fora dos casos previstos na lei. A pena é de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias. Para Rafael Vale e Reis¹⁹², “Neste caso da criminalização da escolha do sexo do embrião, não é fácil recortar o bem jurídico penal protegido, ou mesmo afirmar categoricamente que ele existe. Essas incertezas talvez aconselhassem a restrição da abrangência do tipo legal, remetendo-se nos casos duvidosos, a tutela dos eventuais valores em causa (que na determinação do sexo será a prevenção do ‘utilitarismo reprodutivo’, já que o apelo à profilaxia de um qualquer «eugenismo sexista» parece manifestamente forçado) aos demais instrumentos do sistema jurídico (com o direito de mera ordenação social à cabeça”.

Ana Vitorino e Luísa Sobral¹⁹³ afirmam que aqui o bem jurídico tutelado é a proteção do património genético hereditário, quer na vertente da identidade genética do ser humano, quer na imodificabilidade do património genético. Afirmam ainda que “Pretende o legislador garantir que os resultados da conceção por recurso a técnicas de P.M.A, se aproximem o mais possível da conceção por métodos naturais, limitando, ao máximo, a possibilidade de se efetuarem escolhas quanto às características do nascituro, assim protegendo, em última ratio, o direito à vida”.

Trata-se de um crime também ele específico, na medida em que só pode ser cometido por certas pessoas - os beneficiários das técnicas e quem as aplica - e exige dolo específico dado que o agente tem de utilizar a técnica com o propósito de melhorar geneticamente o embrião. A tentativa não é punida e aplica-se o princípio da alternatividade das penas, podendo ser aplicada pena de prisão ou multa¹⁹⁴. Rafael Vale e Reis¹⁹⁵ refere ainda que as exceções aqui abrangidas dizem respeito àqueles

¹⁹²REIS, Rafael Vale e, Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida - A criminalização do recurso à Maternidade de Substituição e outras opções legais duvidosas. Op. cit., p. 78 e 79.

¹⁹³ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de/ BRANCO, José (Org.) -**Comentário das Leis Penais Extravagantes**, op. cit, p. 581 e 582.

¹⁹⁴ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de/ BRANCO, José (Org.), idem ibidem, p. 583 e 584.

casos em que a escolha do sexo evita a transmissão de doenças genéticas como por exemplo a hemofilia e os casos em que sirva como tratamento de uma doença grave, que será o caso do bebé medicamento, criado com determinadas características genéticas de forma a que o seu material biológico possa ser utilizado como tratamento de um familiar. No mesmo sentido versou o Tribunal Constitucional¹⁹⁶, deliberando que “A possibilidade de alterar as características não médicas de um nascituro opera segundo um princípio de subsidiariedade e quando exista um elevado risco de transmissão de doença genética grave ou necessidade de tratamento de doença grave de terceiro (artigo 7.º, n.º 3)...”.

3.5.5. O artigo 38º e a criação de quimeras ou híbridos

O artigo 38º da Lei da P.M.A veio atribuir uma pena de prisão de 1 a 5 anos a quem criar quimeras ou híbridos no âmbito da P.M.A. No Diário da Assembleia da República pode ler-se a seguinte definição de quimeras: “ser humano resultante de dois embriões resultantes da mesma fecundação ou de fecundações diferentes; e de híbridos: ser resultante da fecundação entre a espécie humana e as outras espécies humanas”.

Referem as Autoras¹⁹⁷ mencionadas que o legislador não vê a quimera e o híbrido como um verdadeiro embrião, mas como um ser vivo desprovido de identidade, contendo apenas marcas humanas, motivo pelo qual veio criminalizar a sua criação quando existam fins de P.M.A. No que diz respeito ao bem jurídico protegido, são também a dignidade da espécie humana e integridade genética do ser humano, sendo os agentes do crime os técnicos que procedem a esta fusão, os quais atuam com dolo específico. A tentativa aqui é punível, nos termos do disposto no artigo 22º e 23º n.º1 C.P. e podem ser aplicadas penas acessórias. Ao contrário do que se encontra previsto em algumas disposições desta lei, dada a gravidade da conduta, apenas se prevê aqui a pena de prisão.

¹⁹⁵REIS, Rafael Vale e, Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida - A criminalização do recurso à Maternidade de Substituição e outras opções legais duvidosas. Op. cit., p. 79.

¹⁹⁶/n ACÓRDÃO do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, op. cit.

¹⁹⁷ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de/ BRANCO, José (Org.), idem ibidem, p. 586.

Lydia Fairchild¹⁹⁸ é um dos raros casos de quimerismo registados, tratando-se de alguém que carrega duas sequências genéticas diferentes. Significa isto que o DNA, considerado uma assinatura única de cada pessoa, no caso da quimera não se regista dessa forma. Ao fazer-se testes ao DNA de uma quimera, utilizando-se um cabelo por exemplo, pode a análise remeter para uma determinada pessoa, e analisando-se células ou sangue, remeter para outra que parece ser completamente diferente. Assim, o quimerismo viola o princípio da identidade genética, motivo pelo qual o Direito Penal sentiu a necessidade de tutelá-lo e bem, a nosso ver. Esta é uma temática bastante controversa, sendo que existem autores, como Rafael Vale e Reis¹⁹⁹ que admitem que a criminalização possa ter ido um pouco longe de mais, utilizando como exemplo o Reino Unido, que veio a permitir a investigação com híbridos citoplasmáticos desde que as equipas de investigação demonstrassem a necessidade de levar a cabo aquela pesquisa, demonstrando-se aquela essencial.

Não obstante, salientamos que não se podem permitir, a nosso ver, aberturas fundamentadas no princípio da investigação, podendo traduzir-se em riscos demasiado elevados e que contendem com a identidade genética de cada um. Isto porque, utilizando sempre como escape a investigação científica, pode-se colocar em causa a identidade humana ao fundir células humanas e animais. Os critérios que presidem a estas exceções devem ser rigorosos e pormenorizados, sob pena de cairmos no já referido utilitarismo reprodutivo. A procriação assistida tem como propósito ultrapassar situações de infertilidade e cremos que nestas situações as finalidades em vista já não são apenas essas. As técnicas começam a ser utilizadas para fins que não os previstos e que contendem em demasia com a vida humana. Creemos que a procriação assistida deve-se assemelhar o mais possível com a reprodução natural, dado que visa substituí-la quando aquela falha, pelo que os avanços tecnológicos que têm vindo a ser alcançados não devem ser utilizados de forma extraviada e fazendo da P.M.A uma desculpa para essa utilização indevida.

¹⁹⁸A história de Lydia pode ser consultada na página online WWW: <URL: <http://web.archive.org/web/20060526105634/http://www.five.tv/programmes/extraordinarypeople/twininside/>> [Consult. 23/04/2017].

¹⁹⁹REIS, Rafael Vale e, Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida - A criminalização do recurso à Maternidade de Substituição e outras opções legais duvidosas. Op. cit., p. 81.

3.5.6. O artigo 39º e a gestação de substituição

No que concerne à gestação de substituição, como já demos conta no capítulo anterior, a Lei n.º 25/2016 de 22/08 veio operar uma verdadeira revolução. O artigo 8º previa a nulidade desta prática, afirmando que seriam nulos os negócios jurídicos de maternidade de substituição, independentemente do caráter oneroso ou gratuito²⁰⁰. A sua proibição era prevista, nas palavras de Rafael Vale e Reis²⁰¹, por dois motivos: “Quando onerosos, seriam nulos nos termos do artigo 280º do Código Civil porque violariam a dignidade da mulher que vende a sua capacidade reprodutora e a dignidade do filho, que é objeto de avaliação em dinheiro, constituindo uma ofensa à ordem pública. Quando gratuitos, a consequência seria também a nulidade, mas agora por colidirem com princípios fundamentais do direito da família: nos termos do artigo 1796º do Código Civil, para a mãe, a filiação resulta do facto do nascimento...”.

Com a Lei *supra* mencionada, o artigo 8º veio a sofrer modificações, permitindo agora, no n.º2, a celebração de um contrato de gestação de substituição, a título excecional e com natureza gratuita apenas em determinados casos que o justifiquem.

O artigo 39º n.º1 determinava que os contratos de maternidade de substituição onerosos seriam criminalizados com uma pena de prisão até dois anos ou pena de multa até 240 dias, punindo ainda a sua promoção, através de qualquer meio. Nas palavras de Ana Vitorino e Luísa Sobral²⁰², cujo entendimento partilhamos, “A celebração do negócio de maternidade de substituição a título oneroso converte a mulher numa mera coisa que é utilizada para permitir uma gestação, finda a qual cessa a sua utilidade. Esta situação traduz-se na degradação e aviltamento da dignidade da mulher que se prestou à gestação em substituição da mãe contratante, muitas vezes motivada por razões de cariz económico seja por necessidade seja como forma de ganho de dinheiro fácil. Também a criança resultante da gestação é objeto de uma transação, o que por si só é indigno da condição humana, como a sua identidade genética e toda a sua descendência são colocadas em causa.”.

²⁰⁰No artigo podia ler-se “1 - São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição. 2 - Entende-se por «maternidade de substituição» qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade. 3 - A mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer”.

²⁰¹REIS, Rafael Vale e, Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida - A criminalização do recurso à Maternidade de Substituição e outras opções legais duvidosas. Op. cit., p. 88.

²⁰²ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de/ BRANCO, José (Org.) -**Comentário das Leis Penais Extravagantes**, op. cit, p. 587.

Atualmente o artigo 39º prevê a mesma moldura penal, mas apenas para quem concretizar contratos de gestação de substituição a título oneroso, sendo os gratuitos permitidos²⁰³. Este facto está relacionado com a forma como a sociedade vê os contratos gratuitos, que se pautam por um altruísmo e solidariedade, não ocorrendo, na sua opinião, nenhuma instrumentalização da pessoa. No entanto, esta moldura penal é aplicável aos beneficiários do contrato, sendo que no caso da gestante a medida difere, sendo aplicada apenas pena de multa até 240 dias e não se encontrando prevista pena de prisão, ou seja, a lei acaba por punir de forma mais severa os beneficiários do contrato de gestação do que as gestantes. A promoção da técnica continua a ser penalizada, bem como a existência de benefícios económicos.

A tentativa aqui não é punível, atendendo ao artigo 23º n.º1 C.P., aplicando-se o princípio de alternatividade das penas – ou se aplica pena de prisão ou pena de multa. Não obstante, pode ainda ser aplicada uma sanção acessória, as quais se encontram previstas no artigo 45º desta Lei, como já referimos.

Em Portugal, como vimos, existe uma proibição total quando os contratos efetuados tenham carácter oneroso, na medida em que pode abrir caminho à exploração da mulher. Por sua vez, em Itália, o artigo 12º nr6 da Lei n.º 40 de 19/02/2004, proíbe a maternidade e criminaliza-a, por constituir uma intromissão na vida familiar. No preceito pode ler-se que quem, através de qualquer forma, realizar, organizar ou promover a comercialização deste tipo de contratos, será punido com pena de prisão de 3 meses a 2 anos e com uma pena de multa de 600,000€ a 1 milhão²⁰⁴.

Esta penalização rigorosa está muito relacionada com o caso Valassina-Bedjaoui, datado de 1989. Diz respeito a um casal italiano que estabeleceu um contrato de gestação de substituição com uma mulher argelina, tendo como contrapartida uma prestação pecuniária. Após o nascimento, a mulher, por variadas vezes, utilizou a criança para receber quantias de dinheiro, recusando-se a entregá-la, pelo

²⁰³Afirma, a este propósito, o Tribunal Constitucional, que “é necessário ter em conta que a maternidade de substituição gratuita tende a ser vista como menos censurável, por revelar altruísmo e solidariedade da mãe gestadora em relação à mulher infértil, e por não haver, da parte desta, um desrespeito pela dignidade da mãe gestadora, por não ocorrer aqui nenhuma tentativa de instrumentalização de uma pessoa economicamente carenciada, por meio da fixação de um «preço», como sucede nas situações de maternidade de substituição onerosa. Parece claro que esta matéria se situa ainda dentro da margem de livre deliberação legislativa. O legislador pode legitimamente optar por não criminalizar condutas que embora tenham resultados indesejáveis do ponto de vista social, se situam em contextos pessoais e emocionais de tal forma complexos que se torna difícil formular um juízo global de censura, nos termos em que tal juízo vai pressuposto em toda a sanção penal. Nem é possível concluir, como fazem os requerentes”. *In* ACÓRDÃO do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, op. cit.

²⁰⁴Na disposição italiana original pode ler-se “Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro”.

que o casal decidiu propor uma ação no Tribunal de Monza, de modo a que o contrato celebrado fosse cumprido. No entanto, o contrato veio a ser considerado nulo pelo Tribunal, por impossibilidade e ilicitude do objeto e da causa²⁰⁵.

O artigo 8º n.º3 da Lei da P.M.A, na sua versão anterior às alterações provocadas pela Lei 25/2016 de 22/08, previa que a criança que viesse a nascer através da maternidade de substituição fosse tida como filha/o da mulher que suportou a gravidez de substituição. A eliminação deste ponto foi, a nosso ver, um avanço bastante significativo neste âmbito, que estabelecia uma paternidade quanto a alguém que não tinha desejado aquele filho, atribuindo-a a título de sanção e descurando os interesses do novo ser. Mas a realidade, não obstante as sucessivas alterações com vista a clarificar este regime, é que a gestação de substituição continua a ser vista de forma bastante dispar.

A esse propósito, Hugo Cunha Lança²⁰⁶ escreve “É um avanço civilizacional permitir a uma mulher oferecer um filho àqueles que o desejam, mas não o conseguem por si sós, [pelo que] representa uma oferta de valor inestimável, porquanto é uma dádiva de vida ou, pelo contrário, estamos a transformar o eterno feminino em incubadoras com pernas numa intolerável coisificação da mulher?” E adverte “E, junto os meus sentimentos aos de todos aqueles que se comovem com as histórias sofridas, de quem tudo tenta para alcançar este sonho, [e, tantas vezes, os sonhos se confundem com obsessões], como, não ignoro que, homens e mulheres portuguesas estão a realizar turismo médico [“turismo de inseminação”], correndo múltiplos riscos, para conseguir no estrangeiro o que o país lhe veda”.

No sentido inverso escreve Vera Lúcio Raposo²⁰⁷, para quem “...houve um claro alargamento do âmbito de criminalização, que vai totalmente contra a razão de ser do direito criminal e a ideia nuclear de última ratio da intervenção penal”.

²⁰⁵Disponível em WWW: <URL: <http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/1987/07/08/jessica-la-nostra-baby.html>> [Consult. 02/09/2017].

²⁰⁶LANÇA, Hugo Cunha – Procriação Medicamente Assistida. Data Venia – Revista Jurídica Digital. [Em linha]. Ano 4, n.º 6, (Novembro de 2016). [Consult. 5/02/2017]. Disponível na Internet em <URL: <http://www.datavenia.pt/ficheiros/pdf/datavenia06.pdf>> ISSN 2182-8242, P. 79 E 80.

²⁰⁷ RAPOSO, Vera Lúcio, Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder). Revista do Ministério Público. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público. ISSN 0870-6107. 149:38 (janeiro/março 2017), p. 29.

3.5.7. O artigo 40º e a utilização indevida de embriões

O artigo 40º da Lei da P.M.A refere que “1 - Quem, através de P.M.A, utilizar embriões na investigação e experimentação científicas fora dos casos permitidos na presente lei é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos. 2 - Na mesma pena incorre quem proceder à transferência para o útero de embrião usado na investigação e na experimentação científicas fora dos casos previstos na presente lei”. No que diz respeito à utilização de embriões na investigação científica, já nos pronunciámos no capítulo anterior, tendo referido que é uma das finalidades onde são aplicáveis os embriões excedentários. Embora não seja a que melhor protege o embrião, na medida em que vai destruí-lo, vimos que, comparado com a sua destruição imediata, é um mal menor, pois pelo menos podem ser úteis à ciência e contribuir para progressos nesta área.

A moldura penal abstrata é de 1 a 5 anos, como já referido, sendo o bem jurídico protegido o respeito pela vida e dignidade humanas, ainda que na fase embrionária. No que diz respeito à forma como se vê o embrião, existem duas correntes a referenciar, sendo que para uns o embrião tem natureza pessoal, é um ser da espécie humana e desde o seu início tem qualidades humanas, merecendo absoluto respeito. Para outros, o embrião é um ser vivo, mas só vai adquirir qualidades humanadas com o tempo, pelo que o respeito que tem da nossa parte é progressivo²⁰⁸.

Há quem contrarie esta tutela criminalizadora, numa perspetiva comparada ao aborto. Isto porque pode-se entender que existe uma maior proteção do embrião que está congelado e que pode nunca vir a desenvolver-se, do que do feto que está em desenvolvimento. Por isso existem autores que entendem que esta tendência deve ser ponderada, pois dificilmente o bem jurídico aqui protegido deverá ter uma maior proteção do que a vida intrauterina, bem este que é tutelado pelo crime de aborto e que não é criminalizado²⁰⁹. Destarte, com esta norma, o legislador pretendeu clarificar que os únicos embriões que poderão ser utilizados na investigação científica são aqueles que não podem ser transferidos para o útero, que têm anomalias ou que foram obtidos sem recurso à fecundação por espermatozoide, ou

²⁰⁸ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de/ BRANCO, José (Org.) - **Comentário das Leis Penais Extravagantes**, op. cit., p. 592.

²⁰⁹REIS, Rafael Vale e, Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida - A criminalização do recurso à Maternidade de Substituição e outras opções legais duvidosas. Op. cit., p. 380.

seja, aqueles que em alternativa à investigação científica seriam destruídos, por não terem outra utilização possível ou por se terem tornado inviáveis²¹⁰.

Quanto ao elemento objetivo deste crime, podemos estar perante duas condutas, a criação de embriões através de técnicas de P.M.A com a finalidade de os utilizar na investigação científica ou a transferência para o útero de um embrião usado na investigação científica. Quer os agentes que aplicam as técnicas, quer os centros autorizados poderão ser responsabilizados, sendo a tentativa punível. Dada a gravidade da conduta, apenas se encontra prevista a pena de prisão, podendo ainda existir uma sanção acessória²¹¹.

3.5.8. O artigo 41º da Lei da P.M.A e o 150º do C.P. – intervenções e tratamentos

No que diz respeito às intervenções e tratamentos previstos no artigo 41º da Lei, estipula a norma que será aqui aplicável o disposto no artigo 150º do C.P., podendo ainda constituir ofensas à integridade física quando efetuadas sem o conhecimento das pessoas responsáveis ou praticadas por quem não possua conhecimento médico para o efeito. Assim, esta norma deve ser interpretada em conjugação com o artigo 150º C.P.O artigo 150º C.P., inserido na secção dos crimes contra as pessoas, dispõe “1 - As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física. 2 - As pessoas indicadas no número anterior que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos violando as *leges artis* e criarem, desse modo, um perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde são punidas com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal.”

²¹⁰ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de/ BRANCO, José (Org.) -**Comentário das Leis Penais Extravagantes**, op. cit, p. 593.

²¹¹ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de/ BRANCO, José Branco (Org.), idem ibidem, p. 594 e 595.

O bem jurídico protegido é a integridade física ou a vida²¹², sendo um crime de perigo concreto quando ao bem jurídico e de resultado quanto ao objeto da ação, sendo aplicável a teoria da adequação do resultado à conduta. O tipo subjetivo admite qualquer tipo de dolo e trata-se de um crime específico impróprio, dado que a qualidade de médico é comunicável aos participantes que não a tenham²¹³.

Para estarmos perante uma intervenção médico-cirúrgica devem estar verificados alguns elementos, nomeadamente estarmos perante um médico ou pessoa legalmente autorizada, existir uma intenção terapêutica, uma indicação médica e a realização da intervenção de acordo com a *leges artis*, requisitos estes que são cumulativos. Uma das críticas que Rafael Vale e Reis²¹⁴ aponta a esta disposição da Lei é precisamente a indefinição do que se entende por médico responsável. Da mesma forma, para que o médico possa vir a ser responsabilizado criminalmente, terão que estar cumpridos todos os pressupostos. Com a reforma de '98 foi acrescentado um n.º2²¹⁵ que veio incriminar situações onde existisse a criação de um perigo para a vida ou de grave ofensa para o corpo ou saúde, passando os médicos a responder por um novo crime, um crime de perigo concreto.

De acordo com Manuel da Costa Andrade²¹⁶, este n.º2, “Para além de não pôr em causa a definição de intervenção e tratamento médico-cirúrgico... parece conjugar-se no sentido de que o n.º2 se reporta ainda a uma intervenção ou tratamento médico-cirúrgico. Que de particular tem apenas a circunstância de a sua execução estar marcada pela violação das *leges artis*”. O n.º 2 foi acrescentado precisamente com o propósito de atender à violação das *leges artis*, a qual não era contemplada no n.º1. Assim, se um médico violar as *leges artis*, ainda que a finalidade seja terapêutica ou de minorar a doença, ou até mesmo de prevenir, será punido nos termos do n.º2. Maia Gonçalves²¹⁷ chama a

²¹²ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - **Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**, op. cit., p. 398.

²¹³Os crimes específicos impróprios são aqueles onde a qualidade do agente ou o dever que lhe é inerente agrava a ilicitude ou desagrava, por ex no 249º n.º2. No crime de perigo concreto o tipo inclui a colocação em perigo do bem jurídico (expressões com perigo). In ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, idem ibidem, p. 66 a 68.

²¹⁴REIS, Rafael Vale e, Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida - A criminalização do recurso à Maternidade de Substituição e outras opções legais duvidosas. Op. cit., p. 84.

²¹⁵A adição foi operada através da Lei n.º 65/98 de 2 de setembro.

²¹⁶DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.) - **Comentário conimbricense do Código Penal: parte especial**, op. cit, p. 476.

²¹⁷GONÇALVES, Manuel Lopes Maia - **Código Penal Português anotado e comentado: legislação complementar**, op. cit., p. 506.

atenção de que este preceito apenas se aplicará nas situações em que não se integre um crime mais grave, como a ofensa à integridade física ou até mesmo o homicídio.

3.5.9. O artigo 42º da Lei da P.M.A e a questão do consentimento

Por sua vez, o artigo 42º prevê que “Quem recolher material genético de homem ou de mulher sem o seu consentimento e o utilizar na P.M.A é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos”.

Como refere Rafael Vale e Reis²¹⁸, o preceito implica que, para que a conduta seja punível, não seja suficiente a recolha não autorizada do material, sendo necessária a sua aplicação no âmbito da P.M.A. Este artigo pode ser interpretado em conjunto com o 168º C.P, não obstante as suas diferenças. Desde logo, o artigo 42º não distingue o sexo da vítima, incluindo quer homens quer mulheres, ao passo que o artigo 168º C.P. tem como vítima apenas a mulher. Além disso, o artigo 168º C.P. pune a recolha do material, ato esse que no artigo 42º da Lei não é punível, apenas o é se o mesmo vier a ser utilizado no âmbito da procriação assistida.

Este consentimento exige-se também porque o direito à maternidade e à paternidade é uma manifestação do direito de cada um de nós à liberdade pessoal, pelo que este é um dos bens jurídicos protegidos, a par da dignidade humana e da integridade física e moral. Apenas é punido com pena de prisão, dada a sua gravidade, sendo a tentativa também punível nos termos do artigo 22º e 23º n.º1 do C.P. Nas palavras de Ana Vitorino e Luísa Sobral²¹⁹, “O preenchimento do tipo verifica-se quando a pessoa está ou é colocada em situação de não poder prestar o seu consentimento, como acontece quando se encontre inconsciente ou nessa situação seja colocada, seja coagida ou ameaçada com mal importante, no fundo estão em causa todas as condutas que contrariem a liberdade de escolha e de determinação da vontade”.

3.5.10. O artigo 43º da Lei – o sigilo e a confidencialidade

A Lei da P.M.A vem ainda punir a violação do dever de sigilo ou de confidencialidade, no seu artigo 43º em conjugação com o artigo 15º, prevendo uma pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até

²¹⁸REIS, Rafael Vale e, Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida - A criminalização do recurso à Maternidade de Substituição e outras opções legais duvidosas. Op. cit., p. 86.

²¹⁹ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de/ BRANCO, José (Org.) -**Comentário das Leis Penais Extravagantes**, op. cit, p. 599.

240 dias. Aqui o bem jurídico protegido é a reserva da intimidade da vida privada dos intervenientes na P.M.A.

De acordo com Ana Vitorino e Luísa Sobral²²⁰, “A confidencialidade e o dever de sigilo concretizam o direito à reserva da intimidade da vida privada e abrangem não só os médicos e demais profissionais que intervierem no processo de P.M.A, ou dele souberem, ou conhecerem a identidade dos seus participantes, incluindo dos dadores, como de todos aqueles que exercem as suas funções nos Centros Autorizados de P.M.A, sejam eles públicos ou privados, como os funcionários da Administração...”. Assim, no caso de ser o médico a violar o segredo profissional, será aplicável o artigo 195º do C.P. Por sua vez, se forem os funcionários a quebrar o sigilo, será aplicável o 383º C.P., sendo que este dever se encontra previsto no Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que exercem funções públicas, aprovado pela Lei n.º 58/200 de 9 de setembro.

Esta norma, no entendimento das mencionadas Autoras²²¹, visa ainda abranger aquelas pessoas que, não estando sujeitas ao dever de sigilo como os médicos e funcionários que trabalham nos centros autorizados, venham a saber da aplicação destas técnicas e o divulguem, quando na verdade também estão vinculadas a esta obrigação. Aqui a tentativa é punível, aplicando-se também o princípio da alternatividade das penas, bem como a aplicação de sanções acessórias.

3.5.11. O artigo 43º A e a Responsabilidade penal das pessoas coletivas

Por último, o artigo 43º-A, que foi aditado pela Lei n.º 59/2007 de 4 de setembro, prevê que as pessoas coletivas e entidades equiparadas sejam responsáveis pelos crimes previstos na Lei da P.M.A, previsão esta que se encontra também consagrada no artigo 11º do C.P. É de salientar que a sua responsabilidade é autónoma da das pessoas singulares que a compõem. Existem autores que referem que, na delimitação da imputação da responsabilidade penal nas pessoas coletivas, importa aferir se o agente ocupa uma posição de liderança, e se atuou em nome da pessoa coletiva e no seu interesse, ou se atuou sob a autoridade de outrem que ocupa essa mesma posição de liderança. Se for cometido por quem está numa posição superior e no interesse da pessoa coletiva, age com dolo, mas quando é cometido por outrem, sob a sua vigilância e controlo, a pessoa coletiva será punida a título de

²²⁰ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de/ BRANCO, José (Org.), idem ibidem, p. 601.

²²¹ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de/ BRANCO, José (Org.), idem ibidem, p. 603.

negligência. No caso de um subordinado atuar contra ordens que lhe foram dadas, será excluída a responsabilidade penal. A pena aplicada será a prevista no artigo 90º A do C.P., através de multa ou mesmo dissolução. Esta última é decretada quando a sociedade tiver sido criada com a finalidade única de praticar os atos que estão a ser punidos por serem contrários à lei²²².

A consagração da responsabilidade das pessoas coletivas fundamentou-se na Lei n.º 59/2007 de 4 de setembro, não obstante ter ignorado as pessoas coletivas de natureza pública e aqueles que tenham natureza privada mas às quais foram atribuídos serviços públicos²²³. De acordo com o artigo 11º n.º2 do C.P., “As pessoas coletivas e entidades equiparadas, com exceção do Estado, de pessoas coletivas no exercício de prerrogativas de poder público e de organizações de direito internacional público, são responsáveis pelos crimes previstos nos artigos 152.º-A e 152.º-B, nos artigos 159.º e 160.º, nos artigos 163.º a 166.º sendo a vítima menor, e nos artigos 168.º, 169.º, 171.º a 176.º, 217.º a 222.º, 240.º, 256.º, 258.º, 262.º a 283.º, 285.º, 299.º, 335.º, 348.º, 353.º, 363.º, 367.º, 368.º-A e 372.º a 376.º, quando cometidos: a) Em seu nome e no interesse coletivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança; ou b) Por quem aja sob a autoridade das pessoas referidas na alínea anterior em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem.”, sendo que um dos crimes previsto neste catálogo é o da procriação artificial não consentida.

A Lei da P.M.A prevê uma responsabilidade às pessoas coletivas²²⁴, mas identifica o sujeito de forma generalizada, não referindo se este será criminalizado caso se trate apenas de pessoa coletiva pública ou privada, pelo que deve ser interpretado em conjugação com o disposto no artigo 11º C.P. Por sua vez, no plano internacional, Paulo Pinto Albuquerque²²⁵ afirma que “O direito das organizações internacionais não é favorável à consagração do princípio da responsabilidade criminal das pessoas

²²²ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de/ BRANCO, José (Org.), idem ibidem, p. 605.

²²³Para uma análise mais aprofundada da natureza dos estabelecimentos hospitalares onde é praticada a P.M.A, ver BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa - **Comparticipação, pessoas colectivas e responsabilidade – 11 estudos de direito penal e direito de merda ordenação social**, 2015, Coimbra: Almedina, ISBN 978972406069, pp. 119 a 156.

²²⁴Sobre a responsabilidade das pessoas colectivas ver MEIRELES, Mário Pedro, A responsabilidade penal das pessoas colectivas ou entidades equiparadas na recente alteração ao Código Pena ditada pela Lei 59/2007 de 4 de Setembro: algumas notas. Julgar. Coimbra: Coimbra Editora, ISSN 1646-6853, N.º 5 (Maio-Agosto 2008). 121-138.

²²⁵ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, A responsabilidade criminal das pessoas colectivas ou equiparadas, disponível em WWW: URL:http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=50879&ida=50919 [Consult. 18=09/2017].

coletivas ou equiparadas...Nenhuma das convenções celebradas no âmbito do Conselho da Europa prevê a responsabilidade criminal exclusiva das pessoas coletivas.”

Assim, o Direito Penal, que se pautava por uma conduta de intervenção mínima passou a regular, ainda que de forma moderada, a P.M.A, incluindo-a no seu Código por se afigurar essencial a proteção de determinados bens jurídicos. Tal não significa que esta fosse uma área fora do interesse e alcance da tutela penal, mas os seus comportamentos não configuravam, ou pelo menos assim se entendia, algo passível de riscos e de uma elevada danosidade social. No entanto, a verdade é que isso se veio a alterar, pelo que importa analisarmos o que despoletou essa mudança. A nosso ver, atendendo à sucessiva evolução da P.M.A e à crescente prática e interesse em torno desta temática, o Direito Penal entendeu que deveria regulá-la, dado que facilmente poderíamos estar perante comportamentos e riscos bastante graves, não só em termos individuais como para a própria comunidade.

CONCLUSÃO

Esta dissertação de mestrado assumiu como objetivo analisar os desafios que a P.M.A coloca ao Direito Penal, bem como de que forma se sentiu a necessidade desta área, que intervém subsidiariamente, interceder e regular aspetos da P.M.A, e ainda o estudo dos critérios que legitimam a sua intervenção. Primeiramente, é de salientar que se trata de um procedimento bastante atual, com uma utilização crescente, que envolve vários aspetos de várias áreas, que coloca algumas problemáticas, motivos pelos quais, embora exista uma tendência à sua aceitação na sociedade, se mostra ainda de carácter controverso.

Desde logo, ao iniciarmos a análise da Lei da P.M.A, verificamos a existência de algumas insuficiências no diploma, as quais podiam e deviam ter sido alvo de intervenção nas mais recentes alterações operadas. Uma delas trata-se do estabelecimento de uma idade máxima dos beneficiários destas técnicas, limite esse que não se encontra previsto, podendo assim originar situações em que uma mulher que já não se encontra em idade fértil possa aceder às técnicas de P.M.A, colocando-se numa situação de gravidez de risco. Além disso, o objetivo da P.M.A é criar condições o mais semelhante possíveis às da reprodução natural para aqueles que se encontram numa situação de infertilidade, e ao permitir que qualquer mulher, com idade superior a 18 anos, possa aceder a este procedimento, a lei vai além da reprodução natural e deixa de estar vinculada a esse propósito.

Uma das temáticas que maior controvérsia gera neste âmbito é a da gestação de substituição. Como referimos durante o nosso estudo, é bastante frequente utilizar-se a biologia como uma razão para aceder a este tipo de técnicas, ou seja, os casais cujos membros, seja apenas um ou ambos, sejam inférteis, vêm na P.M.A a única forma de poderem vir a ter filhos biológicos. E quando o membro feminino não tem capacidade de gerar o novo ser, é frequente pensar-se na possibilidade das comumente designadas barrigas de aluguer, as quais são atualmente permitidas, reunidas que estejam determinadas condições.

É de salientar que existem vários direitos de personalidade em causa, a começar pela renúncia ao exercício de responsabilidades parentais por parte da gestante. Além disso, a mulher que vai gerar o novo ser pode ser vista como um ser comercializável, podendo mesmo vir a ser explorada pelas suas capacidades reprodutivas. Acresce que, não obstante serem apenas permitidos contratos de gestação de carácter gratuito, a verdade é que em termos práticos será bastante difícil, para não dizer impossível, controlar a existência ou não de pagamentos, não se sabendo sequer que tipo de entidades poderiam fazer este tipo de controlo.

Outra das questões que se coloca é a necessidade ou não da intervenção do Estado na regulação da P.M.A. O Estado deve intervir, na nossa perspetiva, criando não só as condições necessárias para que todos os indivíduos possam exercer o seu direito a constituir família, mas regulando também esta aplicação de forma a que essa vontade individual não se sobreponha a direitos de carácter fundamental, tais como a integridade física de cada um e mesmo o direito à vida. Deve, assim, impor os limites necessários para uma utilização da P.M.A conforme os trâmites constitucionais, civis e penais e atender, essencialmente, ao superior interesse da criança que irá nascer. Assim, permite que o homem, embora possa dispor da sua integridade física, o faça apenas quando tal seja em seu benefício e não o contrário.

Além disso, a sanção que se aplica em caso de incumprimento do estipulado é a nulidade do negócio, como se a gestação de substituição se tratasse de um mero negócio regulado por um simples contrato. Temos algumas reservas quanto ao facto de a nulidade ser a sanção mais adequada, pois cremos que esta não será suficiente para dissuadir da prática deste contrato em termos que não respeitem a Lei da P.M.A. Por esse motivo, a nosso ver apenas a responsabilidade criminal poderá ter

o efeito pretendido de prevenção geral e especial. Neste seguimento, podemos concluir que existem determinadas temáticas, no âmbito da P.M.A, que devem ser protegidas pelo Direito Penal, na medida em que a previsão de sanções civis não se afigura suficiente para obstar à sua prática.

A responsabilidade criminal começa por incidir, analisada a Lei da P.M.A, na necessidade da P.M.A ser aplicada nos centros autorizados. Neste âmbito, autores como Rafael Vale e Reis entendem que o Direito Penal deve atuar apenas quando se verifiquem danos para a saúde dos beneficiários ou nascituros decorrentes da aplicação das técnicas. No entanto, entendemos que essa não seria a solução correta, dado que seria impossível ou bastante difícil controlar, fora dos centros autorizados, a existência de danos. A existir uma alteração na norma, optáramos mais facilmente pela aplicação apenas da contraordenação, caindo assim a responsabilidade penal, dado que a aplicação da coima poderá ser suficiente.

Outra das normas onde se encontra prevista a intervenção do Direito Penal é no âmbito dos beneficiários, sendo que aqui, a par de outros autores, também entendemos que se é permitido o casamento de pessoas com idade compreendida entre os 16 e 18 anos, no caso de emancipação, a P.M.A deveria ser alargada a estes casos – não a esta faixa etária – mas a estes casais exclusivamente, devendo ainda fixar-se uma idade máxima para aplicação das técnicas. Já na clonagem reprodutiva, acreditamos que o Direito Penal tem uma intervenção fundamental, atendendo aos bens jurídicos em causa. Dado que estamos perante a tutela da identidade genética de cada ser humano, entendemos que qualquer tipo de manipulação da mesma deve ser punido.

Ora no que diz respeito à criação de quimeras ou híbridos, não está em causa apenas a individualidade de cada ser humano e o seu património genético, mas a identidade humana, pelo que é necessária uma intervenção do Direito Penal. Além disso, como já referimos anteriormente, esta é uma das situações em que se ultrapassa, a nosso ver, o propósito e os ideais que presidem a P.M.A. Relativamente à gestação de substituição, a criminalização incide em quem praticar este tipo de contratos a título oneroso, pelo que caso o Direito Penal não intervenha poderá existir aqui uma instrumentalização e comercialização da pessoa, podendo originar um turismo de reprodução. Por sua vez, na utilização indevida de embriões, tudo dependerá da forma como o embrião é visto, dado que se pode entender que este deve ser protegido desde o início da sua formação, devendo o Direito Penal

intervir, e existe a perspectiva oposta. O que causa algumas incertezas neste caso é a maior proteção existente no embrião do que no caso de aborto, suscitando dúvidas quanto à regulação penal.

Constatámos também que algumas normas previstas na Lei da P.M.A remetem-nos para disposições do C.P. sem, no entanto, se verificar uma coesão entre ambos os diplomas. Veja-se por exemplo o caso do consentimento, onde na Lei não está prevista a punição da recolha do material sem o consentimento do seu titular, ato esse que é punido no C.P. Também a responsabilidade penal das pessoas coletivas, prevista no artigo 43º A, devia estar conjugada com a disposição 11º n.º2 do C.P. Neste caso, dado que a sua responsabilidade – da pessoa coletiva - é autónoma da das pessoas que a compõem, a nosso ver a aplicação de uma contraordenação, com a inerente coima, ou a responsabilidade civil, recorrendo-se a indemnização, teriam o efeito pretendido.

Em suma, no geral a Lei da P.M.A tem algumas insuficiências, as quais ainda não foram colmatadas ainda que a Lei tenha sido alterada algumas vezes recentemente, nomeadamente no decorrer da realização deste trabalho. Tratando-se de uma área tão volátil e que movimenta tantos direitos constitucionais em seu redor, torna-se fundamental a pormenorização, a regulação do Estado e a intervenção do Direito Penal em algumas situações. Embora nem todas as normas necessitem, a nosso ver, de ser tuteladas penalmente, sendo suficiente a aplicação do regime contraordenacional, por exemplo, a verdade é que após esta análise não pudemos concluir que existisse aqui, em termos gerais, uma inutilidade na intervenção, ou seja, que não se encontram preenchidos os critérios da necessidade e subsidiariedade do Direito Penal. Sendo legítima a sua intervenção, bem como necessária, existe sim uma falta de coesão e sintonização entre a Lei da P.M.A e o C.P., sobretudo quando a própria Lei remete para este Código. Também uma maior clareza e certeza dos tipos legais contribuirá positivamente para um Direito Penal mais concreto neste âmbito e, portanto, eficaz quando for chamado a intervir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de/ BRANCO, José (Org.) -**Comentário das Leis Penais Extravagantes**, Vol. 2. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, ISBN: 978-972-54-0290-0

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - **Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008, ISBN: 978-972-54-0220-7

ANDRADE, Manuel da Costa -Direito Penal e modernas técnicas biomédicas. Revista de Direito e Economia. Coimbra: Centro Interdisciplinar de Estudos Jurídico-Económicos. ISSN 1206-9498. (1986), pp. 99 ss.

ANDRADE, Manuel Costa da – Artigo 156º - Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos. In **Comentário Conimbricense do Código Penal - Tomo I Parte Especial (artigos 131º a 201º)**. 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2061-2

ANDRADE, Manuel Costa da – Artigo 150º - Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários. In **Comentário Conimbricense do Código Penal - Tomo I Parte Especial (artigos 131º a 201º)**. 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2061-2

ANTUNES, Maria João – Procriação Medicamente Assistida – Questões Novas ou Questões Renovadas para o Direito Penal?. In **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias**.Org. Manuel da Costa Andrade, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-32-1793-3

ASCENSÃO, José Oliveira de - A Lei n.º 32/2006, sobre procriação medicamente assistida. Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa: Ordem dos Advogados. ISSN 0870-8118. 3:67 (2007), pp. 977 e ss.

ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE BIOÉTICA - **Relatório/Parecer n.º P/03/APB/05 sobre Procriação Medicamente Assistida**. [Em linha]. Porto: [s.n.], 2005. [Consult. 3/12/2016]. Disponível na Internet em<URL:

http://www.apbioetica.org/fotos/gca/12802564441136379873procriacao_assistida_parecer_03.pdf

>

AZEVEDO, Luís Eloy - O Direito da Procriação entre a ordem e o caos. Revista do Ministério Público. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público. ISSN 0870-6107. 90:23 (abril/junho de 2002), 91-112

BARROS, Alberto - Procriação Medicamente Assistida. In **Direito da Saúde: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira - Volume 4 Genética e Procriação Medicamente Assistida**, Org. João Loureiro et. al., Coimbra: Edições Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6596-0

BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa -**Comparticipação, pessoas colectivas e responsabilidade – 11 estudos de direito penal e direito de mera ordenação social**, 2015, Coimbra: Almedina, ISBN 978972406069

BRANDÃO, Nuno - **Crimes e Contra-ordenações: da cisão à Convergência material**, Coimbra: Coimbra Editora, 2016, ISBN 978-972-32-2314-9, p. 565 ss.

BRANDÃO, Nuno, A tutela penal especial reforçada da Violência Doméstica. Julgar. Coimbra: Coimbra Editora, ISSN 1646-6853, N.º 12 (2010). 9-24

CARDOSO, Augusto Lopes, Procriação humana assistida - alguns aspectos jurídicos. Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa: Ordem dos Advogados. ISSN 0870-8118. 1:51 (1991), 5-27.

CARVALHO, Américo Taipa de - **Direito Penal, Parte Geral – Questões Fundamentais Teoria Geral do Crime**, 2ª edição reimpressão, 2014, Coimbra: Coimbra Editora, ISBN 978-972-32-2300-2,

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA - **Relatório: Procriação Medicamente Assistida**. [Em linha]. Lisboa: [s.n.], 2004. [Consult. 20/12/2016]. Disponível na Internet em <URL:http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273057172_P044_ParecerP.M.A.pdf>

CONSELHO NACIONAL DE PROcriação Medicamente Assistida - **Relatório Actividade desenvolvida pelos centros de P.M.A em 2011.** [Em linha]. Lisboa: [s.n.], 2013. [Consult. 20/12/2016]. Disponível na Internet em <URL: http://www.spmr.pt/files/P.M.A_nacional_2011.pdf>

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA - **Parecer n.º 63 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida - Procriação Medicamente Assistida e Gestação de Substituição.** [Em linha]. Lisboa: [s.n.], 2012. Disponível na Internet em <URL: <http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1333387220-parecer-63-cneqv-2012-apr.pdf>>

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA - **Relatório e Parecer sobre os Projetos de Lei n.ºs 6/XIII (1ª) PS, 29/XIII (1ª) P.A.N, 36/XIII (1ª) BE e 51/XIII (1ª) PEV em matéria de Procriação Medicamente Assistida (P.M.A) e 36/XIII (1ª) BE em matéria de Gestação de Substituição (GDS).**[Em linha]. Lisboa: [s.n.], 2016. [Consult. 5/01/2017]. Disponível na Internet em <URL:http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1461943756_P%20CNECV%2087_2016_P.M.A%20GDS.pdf>

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA - **Parecer sobre Diagnóstico Genético Pré-Implantação.** [Em linha]. Lisboa: [s.n.], 2007. [Consult. 20/01/2017]. Disponível na Internet em<URL: http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273054175_P051_ParecerDGPI.pdf>

CONSELHO NACIONAL DE PROcriação Medicamente Assistida -**Deliberação n.º 03/II: Definição da idade limite do elemento masculino dos casais elegíveis para a aplicação das técnicas de procriação medicamente assistida .**[Em linha].Lisboa: [s.n.], 2013. [Consult. 21/01/2017].Disponível na Internet em <URL: http://www.cnP.M.A.org.pt/Docs/PROFISSIONAIS_Deliberacao03_II.pdf>

CONSELHO NACIONAL DE PROcriação Medicamente Assistida -**Deliberação n.º 13-II/2017, de 27 de janeiro do C.N.P.M.A: Admissibilidade do recurso a fertilização recíproca.** [Em linha]. Lisboa: [s.n.], 2017. [Consult. 18/09/2017]. Disponível na Internet em <URL: <http://www.cnP.M.A.org.pt/Docs/Deliberacao13-II.pdf> >

CORDIANO, Alessandra- **La famiglia nella società contemporanea**, Ariccia: Aracne, 2016, ISBN 978-88-548-8979-8

CORREIA, Eduardo – **Direito Criminal**, reimpressão, Coimbra: Livraria Almedina, 1997, ISBN 972-40-0123-7

COSTA, José de Faria - **Noções fundamentais de Direito Penal**, 4ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, ISBN 978-972-32-2328-6

CUNHA, Paulo Ferreira da - Direito Penal – fundamentos dogmáticos e político criminais. In **Homenagem ao Prof. Peter Hunerfeld**, Org. Manuel da Costa Andrade et. al., Coimbra: Coimbra editora, 2013, ISBN 978-972-32-2124-4

DIAS, João Álvaro - **Procriação assistida e Responsabilidade Médica**, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, ISBN 972-32-0734-6

DIAS, Figueiredo/MONTEIRO, Sinde - Responsabilidade médica em Portugal. Boletim do Ministério da Justiça. Lisboa: Procuradoria-Geral da República. N.º 332, (1984). 21-80

DIAS, Jorge de Figueiredo – Na era da tecnologia genética: que caminhos para o Direito Penal médico? Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN 0871-8563, 1/2:14, (Janeiro-Junho 2004). 241-260

DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.) -**Comentário conimbricense do Código Penal: parte especial**, 2ª edição, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, ISBN 978-972-32-2061-2

DIAS, Jorge de Figueiredo -**Direito Penal – Parte Geral – Tomo I – Questões fundamentais; A Doutrina Geral do Crime**, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, ISBN 978-972-32-2108-4

DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal Português – as consequências jurídicas do crime**, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, ISBN 972-32-1287-0

DIAS, Jorge de Figueiredo; CORREIA, Eduardo – **Direito Criminal**, reimpressão, Coimbra: Livraria Almedina, 1997, ISBN 972-40-0123-7

DUARTE, Tiago -**In Vitro Veritas? - A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei**, Lisboa: Almedina, 2003, ISBN 978-972-40-1893-5

FERRARETTI, A.P. et al. - Assisted reproductive technology in Europe, 2009: results generated from European registers by ESHRE. Oxford University Press. [Em linha]. (2013). 2318-2331. [Consult. 15/01/2017]. Disponível na Internet em <URL: http://www.spmr.pt/files/P.M.A_europeu_2009.pdf >

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia -**Código Penal Português anotado e comentado: legislação complementar**, 14ª edição, Coimbra: Almedina, 2001, ISBN 972-40-1451-7

GOES, Ana Brito de – Um filho é inútil – reflexão ética sobre a maternidade de substituição. Revista Portuguesa de Bioética. Porto: Centro de Estudos de Bioética. ISSN 1646-8082, 21:X (Dezembro de 2014), 37-63.

GUIMARÃES, Ana Paula -**Alguns problemas jurídico-criminais da Procriação Medicamente Assistida**, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, ISBN 972-32-0868-7

LANÇA, Hugo Cunha – Procriação Medicamente Assistida. Data Venia – Revista Jurídica Digital. [Em linha]. Ano 4, n.º 6, (Novembro de 2016). 63-86. [Consult. 5/02/2017]. Disponível na Internet em <URL: <http://www.datavenia.pt/ficheiros/pdf/datavenia06.pdf>> ISSN 2182-8242.

LOUREIRO, João Carlos – Dignidade e direitos do embrião. Revista Portuguesa de Bioética. Porto: Centro de Estudos de Bioética. ISSN 1646-8082, 39:XVI (Dezembro de 2005), 369-404.

MANSO, Luís Duarte Baptista - Da obrigação de informar em diagnóstico pré-natal e diagnóstico genético pré-implantação - as acções de “*wrongful birth*” e “*wrongful life*” e o instituto da responsabilidade civil. In **Direito da Saúde: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira - Volume 4 Genética e Procriação Medicamente Assistida**, Org. João Loureiro et. al., Coimbra: Edições Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6596-0

MEIRELES, Mário Pedro, A responsabilidade penal das pessoas colectivas ou entidades equiparadas na recente alteração ao Código Pena ditada pela Lei 59/2007 de 4 de Setembro: algumas notas. Julgar. Coimbra: Coimbra Editora, ISSN 1646-6853, N.º 5 (Maio-Agosto 2008). 121-138

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui - **Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I**, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, ISBN 978-972-32-1822-0

MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais**, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, ISBN 978-972-32-2010-0

NABAIS, José Casalta - **Por uma liberdade com responsabilidade – estudos sobre direitos e deveres fundamentais**, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, ISBN 978-972-32-1467-3

NETO, Abílio - **Código Civil Anotado**, 18ª edição revista e actualizada, 2013, Lisboa: Edições Jurídicas Lda, ISBN 978-989-84-3806-5

NETO, Luísa -**Novos Direitos (ou Novos Objectos para o Direito?)**, Porto: Universidade do Porto Edições, 2010, ISBN 978-989-8265-28-9

OLIVEIRA, Guilherme de - Aspectos jurídicos da Procriação Assistida. Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa: Ordem dos Advogados. ISSN 0870-8118. 3:49 (1989), 767-791.

OLIVEIRA, Guilherme de - **Temas de Direito da Medicina**, Coimbra: Coimbra Editora (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Centro de Direito Biomédico), Outubro de 1999, ISBN 972-32-0921-7

OLIVEIRA, Guilherme de – Restrições de acesso à parentalidade. Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família. Coimbra: Coimbra Editora, ISSN: 977164-59662004. 20:10 (2013).

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto – O princípio da dignidade da pessoa humana e a regulação jurídica da bioética. Lex Medicinae - Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Coimbra: Coimbra Editora, ISSN: 1646-0359, 15:8 (2011). Pp. 29-33

OSSWALD, Walter – As técnicas de procriação medicamente assistida com recurso a gâmetas estranhos ao casal (fertilização heteróloga). Revista Portuguesa de Bioética. Porto: Centro de Estudos de Bioética. ISSN 1646-8082, 40:XVII (Abril de 2006), 7-10.

PINTO, Paulo Mota - O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. Boletim da Faculdade de Direito. Vol. 64. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. ISSN 0303-9773. (1993). 479-586

PROJECTO-LEI n.º 172/X - Regula as técnicas de Reprodução Medicamente Assistida. “Diário da Assembleia da República II série - A n.º 55”. (2005-10-13) 66-75

PROJECTO-LEI n.º 176/X - Regime jurídico da Procriação Medicamente Assistida. “Diário da Assembleia da República II série - A n.º 59”. (2005-10-22) 36-46

PROJECTO-LEI n.º 151/X - Regula as técnicas de Procriação Medicamente Assistida. “Diário da Assembleia da República II série - A n.º 47”. (2005-09-07) 20-29

PROJECTO-LEI n.º 122/XII - Garante o acesso de todas as mulheres à Procriação Medicamente Assistida (P.M.A) e regula o acesso à maternidade de substituição, procedendo à segunda alteração à lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, alterada pela lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro “Diário da Assembleia da República II série - A”. (2011-12-24) 13-19

PROJECTO-LEI n.º 36/XIII/1ª - Garante o acesso de todas as mulheres à Procriação Medicamente Assistida (P.M.A) e regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à segunda alteração à lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, alterada pela lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro. “Diário da Assembleia da República II série - A n.º 9”. (2015-11-19) 5-10

PROJECTO-LEI n.º 29/XIII - Assegura a igualdade de direitos no acesso a técnicas de P.M.A, procedendo à segunda alteração à Lei n.º 32/2006 de 26 de Julho. “Diário da Assembleia da República II série A n.º 8”. (2015-11-13) 8-10.

RAPOSO, Vera Lúcio - Direitos Reprodutivos. Lex Medicinae - Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Coimbra: Coimbra Editora, ISSN: 1646-0359.3:3 (2005). 112 ss.

RAPOSO, Vera Lúcio; DANTAS, Eduardo – Aspectos jurídicos da reprodução post-mortem, em perspectiva comparada Brasil-Portugal. Lex Medicinae - Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Coimbra: Coimbra Editora, ISSN: 1646-0359. 14:7 (2010). 81-94

RAPOSO, Vera Lúcio - Querido, congelei os óvulos (Sobre o adiamento da reprodução mediante a criopreservação de ovócitos). In **Direito da Saúde: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira - Volume 4 Genética e Procriação Medicamente Assistida**, Org. João Loureiro et. al., Coimbra: Edições Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6596-0

RAPOSO, Vera Lúcio – Embriões, investigação embrionária e células estaminais. Lex Medicinae - Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Coimbra: Coimbra Editora, ISSN: 1646-0359, 18:9 (2012). 47 ss.

RAPOSO, Vera Lúcio, Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder). Revista do Ministério Público. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público. ISSN 0870-6107. 149:38 (janeiro/março 2017), 9-51

REIS, Rafael Vale e -**O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas**, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, ISBN 978-972-32-1582-3

REIS, Rafael Vale e, Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida - A criminalização do recurso à Maternidade de Substituição e outras opções legais duvidosas. Lex Medicinae - Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Coimbra: Coimbra Editora, ISSN: 1646-0359, 13:7 (2010). 69 ss.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, O artigo 150º, n.º1, do Código Penal – uma jóia preciosa no Direito Penal Médico. Julgar. Coimbra: Coimbra Editora, ISSN 1646-6853, N.º 21, (Setembro-Dezembro 2013). 11-26

RODRIGUES, Anabela Rodrigues; FIDALGO, Sónia - Artigo 168º - Procriação Artificial não consentida. In **Comentário Conimbricense do Código Penal - Tomo I Parte Especial (artigos 131º a 201º)**, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2061-2

SERRÃO, Daniel - **Uso de embriões humanos em investigação científica**. [Em linha]. Lisboa: Ministério da Ciência e do Ensino Superior, 2003. [Consult. 17/01/2017]. Disponível na Internet em <URL:http://www.familiaesociedade.org/saudereprodutiva/P.M.A/Livro_Branco_sobre_o_uso_de_embrioes_em_IC.pdf>

SILVA, Germano Marques da - **Direito Penal português: teoria do crime**, 2ª edição, Lisboa: Universidade Católica, 2015, ISBN9789725404584

SOUSA, Susana Aires de – Sobre o bem jurídico-penal protegido nos crimes contra a humanidade. Boletim da Faculdade de Direito. Volume LXXXIII, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. ISSN 0303-9773. (outubro 2008). 1-23

TEIXEIRA, Ana et. al. - Recém- nascidos de Reprodução Medicamente Assistida. Acta Médica Portuguesa - Revista Científica da Ordem dos Médicos. [Em linha]. Vol. 18, N.º6 (2005). 409-416. [Consultado a 8/01/2017]. Disponível na Internet em <URL: <http://www.actamedicaportuguesa.com/revista/index.php/amp/article/download/6349/4582>> ISSN: 1646-0758